

Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011)

Geoffrey WILLEMS

*Assistant au Centre de droit des personnes, de la famille et de son patrimoine de
l'Université catholique de Louvain*

Table des matières

INTRODUCTION	11
I. ÉTAT DE LA PERSONNE.....	14
A. Noms et prénoms.....	14
1. Choix du nom	16
2. Modification du prénom.....	16
3. Transcription des noms et prénoms étrangers.....	17
B. Transsexualisme.....	18
C. Nationalité.....	21
D. État civil.....	22
II. PROTECTION DE LA PERSONNE.....	23
A. Protection de la vie privée personnelle et sociale.....	23
1. Vie privée et prévention de la criminalité: le traitement de données à caractère personnel	25
2. Vie privée et procédure: l'accès aux informations personnelles	26
3. Vie privée et vie professionnelle: les conséquences professionnelles des agissements privés.....	27
B. Protection de l'autonomie personnelle: l'accès aux substances euthanasiantes.....	29
C. Protection de l'intégrité physique et morale: les violences conjugales.....	31
D. Protection des personnes vulnérables.....	33
1. Minorité et prescription: la protection des mineurs face à la sécurité juridique..	34
2. Mise sous statut d'incapacité: exigences substantielles et garanties procédurales	35
III. PROCRÉATION.....	37
A. Le droit de devenir parent face à l'interdiction des fécondations in vitro hétérologues.....	38
B. Le droit de ne pas devenir parent et l'avortement thérapeutique	40
C. Le droit de devenir parent et le droit de décider des modalités de l'accouchement...	43

IV. STATUT CONJUGAL ET SÉPARATION CONJUGALE.....	44
A. <i>Le droit de se marier, le droit à la vie familiale des époux et le droit de divorcer</i>	45
1. L'absence de droit de se marier pour le couple homosexuel.....	45
2. Les limitations acceptables au droit au mariage des détenus	49
3. Les limitations acceptables au mariage des étrangers et le droit à la vie familiale des époux étrangers	51
4. L'absence de droit au divorce.....	53
B. <i>Les différences de traitement fondées sur le statut conjugal</i>	54
1. Mariage.....	55
2. Communauté économique, mais pas affective et sexuelle	56
3. Cohabitation homosexuelle <i>de facto</i>	57
4. Partenariat civil.....	59
5. Mariage uniquement religieux.....	60
V. FILIATION ET ADOPTION	62
A. <i>Filiation</i>	62
1. La contestation de la paternité judiciairement établie et les tests ADN	64
2. La contestation de la paternité présumée par le père biologique.....	65
3. Recherche de paternité et droit de connaître ses origines.....	67
4. La filiation d'autrui: une question de proximité	69
B. <i>Adoption</i>	71
1. L'accès à l'adoption : différence de traitement fondée sur l'âge.....	72
2. L'accès à l'adoption : différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle.....	73
3. Reconnaissance de l'adoption à l'étranger d'un majeur par un ecclésiastique.....	74
4. Annulation de l'adoption	76
5. Adoption sans le consentement des (d'un des) parents	77
VI. RELATIONS PARENTALES : AUTORITÉ PARENTALE, DROIT DE GARDE ET DE VISITE	79
A. <i>Relation parentale et protection de l'enfance</i>	79
1. L'arrêt <i>Vautier c. France</i> comme modèle de l'attitude requise des autorités nationales.....	82
2. La décision de placement : entre ingérence et obligation	83
3. L'exécution de la mesure de placement : le contrôle rigoureux des limitations supplémentaires	85
B. <i>Relation parentale et séparation conjugale</i>	86
1. La détermination des modalités de garde ou de visite : le principe du maintien du lien	87
2. Procédure et exécution des décisions : la recherche de l'effectivité.....	91
3. Différence de traitement fondée sur le statut conjugal : le père non marié.....	92
4. Différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle : le parent homosexuel ou transsexuel	94
5. Différence de traitement fondée sur le sexe : allocations de maternité, congé parental et âge de la pension.....	96
C. <i>Relation parentale et enlèvement international</i>	99
1. Le contrôle marginal de la décision de retour ou de non-retour	101
2. Pas de retour pour le parent titulaire d'un simple droit de visite.....	103
3. Procédure excessivement longue et décision de non-retour.....	104
4. Procédure excessivement longue et décision de retour	104
D. <i>Les relations parentales des détenus et des étrangers</i>	105
1. Le droit au respect de la vie familiale du parent détenu	105

2. Le droit au respect de la vie familiale du parent éloigné	106
<i>E. Les tiers à la relation parentale</i>	110
1. La reconnaissance du droit contact du père biologique.....	112
2. La reconnaissance de l'existence d'une vie familiale entre la famille d'accueil et l'enfant accueilli	114
3. La prévalence de la relation parentale sur la relation grand-parentale et l'intérêt de l'enfant : une question de temporalité.....	115
VII. SUCCESSIONS.....	118
<i>A. La vocation successorale de l'héritier de l'assassin non définitivement condamné....</i>	119
<i>B. L'égalité successorale des enfants nés hors mariage face au temps et à l'espace.....</i>	120
CONCLUSION	123

Introduction

1. D'une manière inédite en droit international, la Cour européenne des droits de l'homme a pris le parti, à la faveur de la généralité des termes de la Convention et en se fondant sur les considérations émises dans son préambule, de faire du texte une interprétation particulièrement libre, bien au-delà des principes généraux d'interprétation des traités contenus dans la Convention de Vienne. Et cette méthode d'interprétation foncièrement téléologique, résolument axée sur le développement des droits consacrés, a trouvé dans les dispositions contenues dans l'article 8 de la Convention un terreau particulièrement fertile⁽¹⁾.

2. Dans un premier temps, la protection conventionnelle de la «vie familiale» a pu se comprendre comme une interdiction faite à l'État de s'immiscer dans l'intimité de la famille conçue alors comme la cellule de vie constituée par le couple marié et ses enfants. Rapidement, cependant, à mesure que se déployait un impressionnant mouvement jurisprudentiel, cette protection de la vie familiale a évolué vers une obligation faite à l'État de protéger et de promouvoir des «liens familiaux» définis de manière de plus en plus libre ou lâche et qui englobent un ensemble de relations conjugales ou parentales qui ne sont plus nécessairement caractérisées par les engagements ou la pérennité qu'induisait *a priori*, au moment de la rédaction de la Convention, la famille fondée sur le mariage. C'est donc dans deux directions que le droit à la «vie familiale» s'est trouvé

⁽¹⁾ F. SUDRE, «Rapport introductif : la 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie familiale», in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002, pp. 15-16; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, FUSL/Bruylant, 2001, pp. 45 et s.

développé. D'une part, le champ d'application de la disposition conventionnelle s'est trouvé jurisprudentiellement élargi d'une manière plus que considérable. D'autre part, la nature de l'obligation mise à la charge de l'État a profondément évolué. L'obligation originelle des États, réduite à un devoir d'abstention, s'est ainsi trouvée intensifiée par la mise en évidence des *obligations positives* mises à la charge des pays membres et de l'*effet horizontal* de la Convention ⁽²⁾.

3. Le droit à la «vie privée» s'est trouvé développé d'une manière encore bien plus spectaculaire que le droit à la «vie familiale». Et s'il pouvait initialement se comprendre comme un simple droit à «l'intimité» garanti aux individus contre la puissance publique, il se donne à lire aujourd'hui comme une figure extrêmement ouverte voire comme une catégorie résiduelle permettant de dispenser de la protection conventionnelle là où le besoin en serait ressenti. S'agissant de relations affectives et familiales, la «vie privée» a souvent permis à la Cour de procurer le bénéfice de la protection de la Convention dans des situations qu'il était politiquement inopportun et/ou juridiquement inadéquat d'inclure dans le champ de la «vie familiale». Car il n'est *a priori* pas/plus de différence entre les régimes de protection respectivement liés à la «vie familiale» et à la «vie privée», ce qui explique sans doute partiellement que la Cour prenne actuellement parfois le parti de conclure à l'applicabilité de l'article 8 à une situation sans préciser davantage le pan de cet article – «vie familiale» ou «vie privée» – dans lequel cette situation trouverait plus particulièrement à s'inscrire ⁽³⁾.

4. Dans cette jurisprudence en expansion, le rôle de l'article 14 de la Convention n'est certainement pas à négliger. Cette disposition agit comme une manière de caisse de résonance de l'ensemble des droits garantis par la Convention en cette mesure qu'elle exige qu'il n'existe pas

⁽²⁾ A. GOUTTENOIRE, «Les droits et obligations découlant de la vie familiale», in *Le droit à une vie familiale* (dir. J.-J. LEMOULAN et M. LUBY), coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2007, pp. 77-78; J.-L. RENCHON, «Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme», in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), coll. Droit et Justice, n° 78, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, pp. 145-169; F. SUDRE, «Rapport introductif: la 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie familiale», *op. cit.*, pp. 11-55; F. TULKENS, «Le droit au respect de la vie familiale. Égalité et non-discrimination», *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 623-635.

⁽³⁾ O. DE SCHUTTER, «La vie privée entre droit de la personnalité et liberté», *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 828 et 850; F. SUDRE, «Les aléas de la notion de vie privée», in *Mélanges L.-E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 687; F. SUDRE, «Rapport introductif: la 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie privée», in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, pp. 11-34.

de différence de traitement injuste entre des individus se trouvant dans des situations comparables. La mise en œuvre de ce contrôle de proportionnalité spécifique a longtemps été conditionnée à l'applicabilité d'une des dispositions de la Convention, avant que la Cour signale qu'il suffisait que la situation appréhendée tombe sous l'empire de l'une de ses dispositions pour qu'elle puisse être passée au crible de l'exigence de non-discrimination. Le protocole n° 12, entré en vigueur le 1^{er} avril 2005 et ratifié à ce stade par dix-huit pays membres, a finalement détaché purement et simplement l'article 14 des autres dispositions de la Convention en procurant à cette disposition une portée véritablement autonome⁽⁴⁾. La conjonction des articles 8 et 14 de la Convention constitue très certainement l'un des outils les plus efficaces susceptibles d'être mis en œuvre au bénéfice du développement des droits des individus, singulièrement en matière de relations affectives et familiales. Les critères de discrimination spécifiquement stigmatisés par la Cour (âge, sexe, orientation sexuelle,...) trouvent ainsi un écho particulièrement intense dans le champ de ces relations spécifiques⁽⁵⁾.

5. Sur le terrain des obligations négatives et positives comme sur celui de la prohibition des discriminations, les autorités nationales disposent d'une marge d'appréciation dont la concession est l'une des expressions du principe de subsidiarité dans le contentieux strasbourgeois des droits de l'homme et est *a priori* le moyen par lequel la Cour exprime la mesure de son intervention, sous-tendue par le double objectif éventuellement contradictoire de respecter la souveraineté des États tout en garantissant l'effectivité des droits garantis par la Convention. Parmi les critères qui permettent de déterminer dans un cas donné l'ampleur de la marge d'appréciation à reconnaître aux États, l'existence ou l'absence d'un consensus européen joue assurément un rôle fondamental⁽⁶⁾.

6. Au cours de la période recensée, la Cour a rendu des arrêts importants sur des questions aussi sensibles que l'accès à la procréation médicalement assistée, la reconnaissance des couples de même sexe ou les droits parentaux des pères non mariés et des pères biologiques. Elle a confirmé certains positionnements jurisprudentiels et en a nuancé

⁽⁴⁾ G. DE BECO, «Le protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, 2010, spéc. p. 597.

⁽⁵⁾ M.-T. MEULDERS-KLEIN, «Égalité et non-discrimination en droit de la famille. Le rôle des juges», *Rev. trim. dr. h.*, 2003, sp. pp. 1199 et s.; F. TULKENS, «Le droit au respect de la vie familiale. Égalité et non-discrimination», *op. cit.*, 2008, sp. p. 631 et s.

⁽⁶⁾ Voy. par exemple: P. LAMBERT, «Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité», in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 21, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 1998, pp. 63-89.

d'autres. Les arrêts présentés couvrent l'entière du droit des personnes et des familles, de l'état civil aux successions en passant par les relations parentales et conjugales. La quantité d'arrêts et décisions rendus rend vaine toute prétention à l'exhaustivité. Ainsi, les arrêts et décisions repris ci-dessous sont essentiellement ceux retenus par la Cour dans ses rapports annuels, notes d'explications et fiches thématiques. Tous ces matériaux sont disponibles en ligne, sur le site de la Cour au même titre que les arrêts et décisions eux-mêmes ⁽⁷⁾.

I. — État de la personne

7. L'état de la personne, qui confère à l'individu sa place dans sa famille et dans la société, est évidemment un objet d'attention privilégié pour la Cour européenne des droits de l'homme. L'état civil d'une personne relève ainsi toujours de la vie privée et souvent de la vie familiale protégées par l'article 8 de la Convention. Les États membres du Conseil de l'Europe ont donc en la matière tout à la fois des obligations négatives (par ex. s'abstenir de modifier le prénom ou le nom d'une personne) et des obligations positives (par ex. permettre et reconnaître la conversion sexuelle d'un individu). Sur un plan plus formel, les insuffisances de l'administration chargée de la tenue des actes de l'état civil peuvent préjudicier à la vie privée et/ou familiale, dès lors que ces actes opèrent la consécration des aspects les plus essentiels de la personnalité : âge, sexe, nom et prénom, nationalité, statut civil.

A. — Noms et prénoms ⁽⁸⁾

8. Il est acquis, au moins depuis l'arrêt *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, que «*la Convention ne contient pas de disposition explicite en matière de nom*», mais qu'«*en tant que moyen d'identification person-*

⁽⁷⁾ www.echr.coe.int.

⁽⁸⁾ Arrêt *Güzel Erdagöz c. Turquie* du 21 octobre 2008 (demande de modification du prénom : violation); arrêt *Daroczy c. Hongrie* du 1^{er} juillet 2008 (modification imposée du nom : violation); arrêt *Bulgakov c. Ukraine* du 11 septembre 2007 («ukrainisation» d'un nom étranger : non-violation); arrêt *Johansson c. Finlande* du 6 septembre 2007 (choix du prénom «Axl Mick» : violation); décision *Mentzen c. Lettonie* du 7 décembre 2004 (transcription d'un nom étranger : irrecevable); décision *Kuharec c. Lettonie* du 7 décembre 2004 (transcription d'un nom étranger : irrecevable); décision *Salonen c. Finlande* du 2 juillet 1997 (choix du prénom «Ainut Vain Marjaana» : irrecevable); arrêt *Guillot c. France* du 24 octobre 1996 (choix du prénom «Fleur de Marie» : non-violation); arrêt *Stjerna c. Finlande* du 25 novembre 1994 (demande de modification du nom : non-violation); arrêt *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994 (choix du nom de famille du mari en droit suisse : violation).

nelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci» (§24).

Dans cette affaire *Burghartz*, le requérant considérait discriminatoire le système suisse suivant lequel il était possible à l'épouse de prendre le nom de son mari en faisant précéder celui-ci de son propre nom, mais impossible au mari, s'il prenait le nom de son épouse, de faire même précéder celui-ci de son propre nom. La Cour l'avait suivi et avait abouti à un constat de violation. Au cours de la période recensée, la Cour a eu l'occasion de déceler une autre discrimination dans le système suisse de détermination du nom des époux (voy. l'arrêt *Losonci Rose et Rose c. Suisse*).

Il est par ailleurs relativement fréquent que l'on mette en cause, devant la Cour de Strasbourg, le refus opposé par l'administration de l'état civil à l'enregistrement d'un prénom choisi pour un enfant par ses parents. La Cour a ainsi pu dans un arrêt *Johansson c. Finlande* du 6 septembre 2007 considérer que les autorités finlandaises avaient violé la Convention en refusant d'enregistrer le prénom «Axl Mick». Elle avait par contre donné son aval aux refus formulés dans les affaires *Guillot c. France* du 14 octobre 1996 et *Salonen c. Finlande* du 2 juillet 1997 à l'égard respectivement des prénoms «Fleur de Marie» et «Ainut Vain Marjaana». En outre, les individus ont *a priori* le droit de porter ou de continuer à porter le prénom ou le nom qu'ils estiment être le leur et sous lequel ils interagissent avec autrui, même si le prénom considéré, par ailleurs très proche de celui figurant à l'état civil, n'existe pas dans le dictionnaire (*Güzel Erdagöz c. Turquie*) ou si une erreur administrative a présidé à la mention initiale sur les registres de l'état civil (*Daroczy c. Hongrie*).

Les décisions d'irrecevabilité *Mentzen alias Mencena c. Lettonie* et *Kuharec alias Kuhareca c. Lettonie* toutes deux rendues en 2004, sont représentatives d'une jurisprudence développée par les juges strasbourgeois relativement à la problématique plus spécifique de la transcription des noms et prénoms étrangers. Dans ces deux arrêts, la Cour a pu considérer que la simple transcription phonétique dans la langue nationale des noms étrangers ne contrariait pas le prescrit conventionnel. Des modifications plus substantielles, comme celles induites par le système ukrainien, peuvent par contre conduire à un constat de violation, s'il n'existe pas de possibilité pour l'individu de retrouver son nom originel (voy. l'arrêt *Boulgakov c. Ukraine* du 11 septembre 2007). La Cour a eu l'occasion de revenir sur ces questions durant la période recensée avec son arrêt *Kemal Taskin et autres c. Turquie*.

1. *Choix du nom*

9. Dans son arrêt *Losonci Rose et Rose c. Suisse* du 9 novembre 2010⁽⁹⁾, la Cour a été amenée à prendre position sur la circonstance qu'en droit suisse, des époux qui ont fait le choix de renverser la règle suivant laquelle le nom de famille est le nom du mari, ne peuvent ensuite arguer de leur nationalité étrangère pour solliciter la détermination de leur nom de famille en fonction de leur droit national. En l'occurrence, un homme hongrois (Monsieur Losonci) avait épousé une femme suisse (Madame Rose). Les époux avaient choisi de prendre dérogatoirement comme nom de famille le nom de l'épouse. Après mariage, les deux époux s'appelaient donc Monsieur Losonci-Rose et Madame Rose. Ultérieurement, Monsieur Losonci-Rose avait souhaité mobiliser une seconde règle dérogatoire du droit suisse suivant laquelle il est loisible aux étrangers de solliciter que leur nom de famille soit fixé par égard aux règles de leur droit national. De cette manière, les époux se seraient appelés Monsieur Losonci et Madame Rose, ce qui était leur objectif depuis le début. Les autorités suisses avaient toutefois refusé pareil «cumul» de dérogations. Cela alors même que si c'était Madame Rose qui avait été étrangère, elle aurait pu, ayant pris comme nom de famille le nom de son mari, solliciter néanmoins l'application de son droit national (§§48-49). Au regard de ces différents éléments, **la Cour a considéré que «le régime en vigueur en Suisse engendr(ait) une discrimination entre les couples binationaux, selon que c'est l'homme ou la femme qui possède la nationalité suisse» et conclu à la violation de la Convention (§53).**

2. *Modification du prénom*

10. Dans l'affaire *Golemanova c. Bulgarie* du 17 février 2011, une dame prénommée Donka suivant les registres de l'état civil, mais qui prétendait être en réalité appelée Maya par son entourage, n'avait pu convaincre les autorités nationales de procéder au changement de son prénom. La Cour a tout d'abord rappelé que s'il peut y avoir de véritables raisons amenant un individu à désirer changer de nom, la possibilité d'un tel changement peut faire l'objet de restrictions, notamment afin d'assurer un enregistrement exact de la population ou de sauvegarder les moyens d'une identification personnelle (§39). Elle a ensuite relevé que la loi bulgare permettait de changer de prénom soit s'il était «*ridicule, déshonorant ou socialement inacceptable*», soit pour «*d'autres raisons sérieuses*»,

⁽⁹⁾ J.-P. MARGUÉNAUD, «Le nom du couple binational devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, 9 novembre 2010», *Rev. trim. dr. h.*, 2011, pp. 991-1001.

et que la jurisprudence des juridictions bulgares admettait que la circonstance qu'une personne soit connue dans son entourage sous un prénom déterminé différent de celui connu à l'état civil constituait de telles «*raisons sérieuses*» (§§44-45). Elle a cependant souligné qu'en l'espèce les juridictions nationales, au terme d'une procédure procurant des garanties adéquates (§42), avaient considéré qu'il n'était pas suffisamment démontré que la requérante était largement connue dans ses relations sociales sous le prénom qu'elle réclamait (§45), en manière telle que c'est avec les «*conclusions factuelles*» atteintes par les juges bulgares que l'intéressée se trouvait en désaccord (§46). Dans ce contexte spécifique, la Cour a considéré, par quatre voix contre trois⁽¹⁰⁾, qu'«*il ne lui appart(enait) pas de se substituer aux juridictions internes pour examiner la pertinence de telle ou telle preuve présentée par les parties à une procédure*» (§47) et que la Convention n'avait pas été violée (§48).

3. Transcription des noms et prénoms étrangers

11. La Cour a été amenée à se prononcer une nouvelle fois dans le contexte difficile de la transcription des noms et prénoms selon les règles de la langue d'État (§47). Ce type d'affaires confronte le droit tiré par les individus de l'article 8 de la Convention (§45), la protection et la promotion de la langue nationale (§56) et la garantie du fonctionnement normal du système institutionnel (§57). Ainsi, dans l'affaire *Kemal Taskin et autres c. Turquie* du 2 février 2010, des ressortissants turcs d'origine kurde (huit au total) souhaitaient obtenir la modification de leur prénom et porter à l'avenir des prénoms kurdes (ceux utilisés au quotidien dans leur entourage) comportant les caractères «q», «w» et «x» qui n'existent pas dans l'alphabet turc. Au motif, précisément, que ces caractères sont inexistantes dans l'alphabet turc, les autorités nationales avaient refusé d'opérer le changement considéré. Ce refus constituait pour les requérants une ingérence injustifiée dans leur droit au respect de leur vie privée. La Cour s'est attachée en particulier à la raison invoquée par les autorités turques (soit l'inexistence des caractères) et s'est référée à ses arrêts *Johansson c. Finlande* du 6 septembre 2007 et *Güzel Erdagöz c. Turquie* du 21 octobre 2008, pour considérer qu'il y avait une ingérence dans le droit des requérants. S'agissant d'évaluer la «nécessité dans une société démocratique» de

⁽¹⁰⁾ Voy. dès lors également l'opinion dissidente émise par les juge Berro-Lefevre, Nussberger et Laffranque. Suivant la minorité, il n'avait pas été adéquatement tenu compte de l'ensemble des éléments de preuve produits ou à tout le moins la mise à l'écart de certains d'entre eux n'étaient pas motivée en manière telle que le refus des juridictions bulgares ne pouvait être considéré acceptable (voy. pp. 13 et 14 de l'arrêt).

cette ingérence, prévue par la loi turque et ayant pour objet légitime de participer à l'organisation de l'ordre collectif, la Cour a spécialement pointé la possibilité qu'avaient les requérants de voir le prénom kurde souhaité transposé phonétiquement en mobilisant les lettres disponibles dans l'alphabet turc (§§67-68). Au regard de cette possibilité spécifique, refusée par les requérants (§69), la Cour a considéré qu'en refusant d'opérer le changement considéré **les autorités turques n'avaient pas outrepassé la marge de manœuvre** qui est la leur en la matière (§72). Les requérants arguaient également de ce qu'ils avaient fait l'objet d'une discrimination fondée sur l'appartenance ethnique. La Cour a considéré que, dès lors que, d'une part, il était loisible aux requérants de porter un prénom kurde mais orthographié suivant les règles turques et que, d'autre part, rien n'indiquait qu'une demande de changement de prénom impliquant la mobilisation de caractères inexistants émanant d'une personne non kurde aurait induit une décision différente dans le chef des autorités turques (§78), **il n'y avait pas eu de discrimination** (§80) ⁽¹¹⁾.

B. — *Transsexualisme* ⁽¹²⁾

12. L'évolution de l'appréhension du transsexualisme par les organes de la Convention, depuis ses arrêts *Rees* (1986) et *Cossey* (1990) et leur confirmation dans l'arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* du 30 juillet 1998, jusqu'au revirement de jurisprudence des arrêts de grande chambre *I et Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, est bien connue.

Jusqu'en 1998, la Cour a ainsi signalé qu'elle n'était pas convaincue que le Royaume-Uni «*ne (pouvait) plus invoquer sa marge d'appréciation pour défendre son refus persistant de reconnaître juridiquement le nouveau sexe des transsexuels opérés*», dès lors que «*le transsexualisme (continuait) de soulever des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie*

⁽¹¹⁾ Voy. aussi l'opinion concordante du juge Sajó qui revient sur les principes applicables en matière de transcription des noms et prénoms selon les règles de la langue d'État.

⁽¹²⁾ En doctrine : J.-M. LARRALDE, «L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle», *Rev. trim. dr. h.*, 2006, pp. 35-54; C. NEIRINCK, «Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels», in *Le droit à une vie familiale* (dir. J.-J. LEMOULAN et M. LUBY), coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2007, pp. 61-76; M. LEVINET, in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et M. LEVINET, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^e éd. Paris, PUF, 2011, pp. 497-505; K. UYTTERHOEVEN, «Transseksualiteit en de mensenrechten», in *De rechtspositie van de transseksueel. Commentaar op de wetten van 9 en 10 mei 2007 en van 15 mei 2007*, Intersentia, Anvers, 2008, pp. 29-112.

dans les États contractants» (*Sheffield et Horsham*, §58). En 2002, elle a constaté que «la situation insatisfaisante des transsexuels opérés, qui vivent entre deux mondes parce qu'ils n'appartiennent pas vraiment à un sexe ni à l'autre, ne (pouvait) plus durer» (*Christine Goodwin*, §90) et a obligé les États signataires à reconnaître juridiquement l'identité transsexuelle. Ceux-ci sont alors tenus d'adapter les registres de l'état civil et de traiter la personne transsexuelle conformément à son nouveau sexe lorsqu'elle souhaite se marier (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni*) ou lorsqu'il s'agit de déterminer l'âge de l'accès à la pension (*Grant c. Royaume-Uni*). Par contre, il n'est pas contraire au prescrit de l'article 8 de ne pas permettre le maintien du mariage hétérosexuel antérieur à la conversion sexuelle par-delà celle-ci (voy. la décision *Parry c. Royaume-Uni* du 28 novembre 2006)⁽¹³⁾.

Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour a pu conclure à la violation de la Convention dans une situation où les juridictions internes avaient refusé de condamner une compagnie d'assurance à couvrir les frais d'une opération de conversion sexuelle au motif que cette intervention n'était pas médicalement nécessaire (voy. arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003). Elle a également considéré qu'induisait une violation de l'article 8 de la Convention la situation dans laquelle la chirurgie de changement de sexe complet, quoique permise, n'était pas légalement encadrée et était en conséquence insuffisamment accessible (arrêt *L. c. Lituanie* du 11 septembre 2007). Il convient donc que la possibilité médicale du changement de sexe soit suffisamment accessible et que le droit des assurances y soit appliqué d'une manière non discriminatoire et conforme au droit au respect de la vie privée de la personne transsexuelle, comme la Cour a d'ailleurs pu le rappeler dans un arrêt rendu durant la période recensée⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Décision *Parry c. Royaume-Uni* du 28 novembre 2006 (situation des transsexuels mariés : non-violation); arrêt *Grant c. Royaume-Uni* du 23 mai 2006 (refus de la pension à l'âge conforme au nouveau sexe : violation); arrêt de grande chambre *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 (refus du mariage conforme au nouveau sexe : violation); arrêt de grande chambre *I c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 (refus du mariage conforme au nouveau sexe : violation); *Sheffield et Horsham* du 30 juillet 1998 (refus de mentionner le nouveau sexe sur les actes de l'état civil : non-violation); arrêt de grande chambre *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997 (paternité du compagnon transsexuel de la mère d'un enfant : non-violation); arrêt *B. c. France* du 25 mars 1992 (séance plénière) (refus de mentionner le nouveau sexe sur les actes de l'état civil : violation); arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990 (séance plénière) (refus du mariage conforme au nouveau sexe : non-violation); arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986 (séance plénière) (refus du mariage conforme au nouveau sexe : non-violation).

⁽¹⁴⁾ Arrêt *L. c. Lituanie* du 11 septembre 2007 (absence d'accès à la chirurgie de changement de sexe complet : violation); arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003 (refus de prise en charge par l'assurance : violation).

13. Dans cet arrêt *Schlumpf c. Suisse* du 8 janvier 2009, la Cour a été amenée à prendre position relativement à la situation d'une transsexuelle homme-femme qui, ayant attendu que ses enfants soient majeurs et son épouse décédée, était âgée de 65 ans au moment où elle avait décidé de changer de sexe, alors même qu'elle savait depuis l'âge de 40 ans qu'elle était transsexuelle (§§6 et 7). Elle avait commencé un traitement psychothérapeutique et endocrinologique en mai 2003 et sollicité, en octobre 2004, l'intervention de sa compagnie d'assurance maladie-invalidité qui avait refusé d'intervenir, au motif que, suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, le diagnostic d'un véritable transsexualisme induisait le respect d'un délai d'observation de deux ans (§§10 à 14). La requérante avait alors pris le parti de se faire opérer malgré tout, en agissant par ailleurs en justice contre la décision prise par son organisme d'assurance (§§15 et s.). En décembre 2005, le Tribunal fédéral des assurances avait finalement validé la décision de la société d'assurance, dès lors que la période qui s'était écoulée entre le début du suivi, en mai 2003, et l'intervention chirurgicale, en novembre 2004, était inférieure au délai de deux ans exigé par sa jurisprudence (§28). La Cour a considéré qu'en se prévalant de ce délai de deux ans, les juridictions suisses avaient refusé de se livrer à l'analyse des circonstances spécifiques du cas d'espèce et de peser les différents intérêts en jeu (§§111 et 112). Or, suivant la Cour, ces circonstances étaient tout à fait singulières en l'espèce, dès lors que la requérante était âgée de 67 ans au moment de sa demande d'intervention à l'assurance, parce qu'elle avait attendu, par respect pour ses proches, de nombreuses années avant de mettre en œuvre le processus (§114). Suivant la Cour, le respect du droit à la vie privée de la requérante aurait exigé que ces singularités de sa situation soient examinées. **Il y avait donc eu violation de l'article 8 de la Convention** ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Ce verdict est atteint par cinq voix contre deux. L'on se réfèrera dès lors à l'opinion dissidente émise par les juges Vajic et Jebens. Suivant les juges minoritaires : « *C'est donc en pleine connaissance de cause que la requérante a décidé de ne respecter ni le délai légal, à savoir l'une des conditions fixées pour la prise en charge des frais liés à une opération de conversion sexuelle, ni l'avertissement de la SWICA* » et « *il n'existe pas de véritable raison de croire que la SWICA aurait refusé la prise en charge des frais liés à l'opération de conversion sexuelle si la requérante avait attendu l'échéance du délai de deux ans qui prenait fin en mai 2005, c'est-à-dire après deux ans à compter du moment où elle avait commencé à suivre régulièrement un traitement psychothérapeutique et endocrinologique. En tout état de cause, les tribunaux nationaux ne mettant nullement en cause la liberté pour la requérante de définir son appartenance sexuelle, on ne saurait donc considérer comme insupportables les souffrances et les sentiments de frustration provoqués éventuellement par un retard supplémentaire de six mois* » (§§5 et 6 de l'opinion dissidente).

C. — Nationalité

14. Dans sa décision *Karassev c. Finlande* du 12 janvier 1999, la Cour a pu expressément relever que «*bien que le droit d'acquérir une nationalité ne soit garanti, comme tel, ni par la Convention ni par ses Protocoles*», il n'est pas exclu qu'«*un refus arbitraire de nationalité puisse, dans certaines conditions, poser un problème sous l'angle de l'article 8 de la Convention en raison de l'impact d'un tel refus sur la vie privée de l'intéressé*». Dans le sillage de cette décision, elle a rendu, au cours de la période examinée, un arrêt particulièrement intéressant dans lequel elle fait application du principe de l'égalité entre les enfants – dégagé notamment en matière de filiation et de successions (voy. not. l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979) – à la problématique de l'acquisition de la nationalité.

15. Dans cette affaire *Genovese c. Malte*, qui a donné lieu à un arrêt du 11 octobre 2011, la Cour a ainsi conclu à la violation des articles 14 et 8 de la Convention à raison de la différence de traitement injustifiée existant en droit maltais entre enfants légitimes et naturels. Le requérant avait une mère anglaise et un père maltais. Ses parents n'étaient cependant pas mariés. La paternité de son père avait été établie judiciairement. Lorsque la mère du requérant avait sollicité des autorités maltaises qu'il soit expressément reconnu citoyen maltais, il lui avait été opposé qu'à défaut de mariage, l'enfant ne pouvait acquérir la nationalité maltaise de son père. Après avoir rappelé qu'un refus de nationalité pouvait induire une violation de l'article 8 de la Convention en se référant à la décision *Karassev c. Finlande*, la Cour a considéré qu'en l'espèce, l'impact sur la vie privée du requérant n'était pas suffisant pour fonder un constat de violation de cette disposition considérée isolément (§33). Cependant, dès lors que l'attribution de la nationalité relevait du champ d'application de cette disposition, il y avait lieu de passer l'attitude des autorités maltaises au crible des exigences de l'article 14 (§§34-36). À cet égard, la Cour a relevé que le requérant était dans une situation analogue à celle de n'importe quel enfant né d'un père maltais et d'une mère étrangère et que la seule chose qui le distinguait et l'empêchait d'acquérir la nationalité maltaise était son statut d'enfant naturel (§45) avant de constater que le gouvernement ne procurait aucune justification pertinente à cette différence de traitement (§§46-47). **La Convention avait donc été violée**⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ Voy. cependant l'opinion dissidente du juge Valenzia suivant lequel : «*In the obvious absence of family life under Article 8, however, the Court has said that the denial of citizenship in the present case may raise an issue under this Article because of its impact on the private life of the applicant, which concept is wide enough to embrace aspects of his social identity. The Court, however, does not define social identity nor does it explain how citizenship defines the*

D. — *État civil*

16. Les contentieux relatifs aux noms et prénoms, au transsexualisme ou à la nationalité illustrent l'importance des éléments de l'état civil au regard de la vie privée et familiale dont le respect est garanti par la Convention. Assez logiquement, la manière dont ces caractéristiques fondamentales d'une personne qui composent son état civil sont réunies, modifiées ou communiquées par l'administration concerne aussi la vie privée et familiale. Il s'ensuit que les agissements et décisions des fonctionnaires chargés de cette administration peuvent constituer une ingérence – éventuellement illégitime – dans la vie privée et/ou la vie familiale, comme il ressort d'ailleurs suffisamment d'un arrêt rendu par la Cour le 20 juillet 2010⁽¹⁷⁾.

17. Dans cet arrêt *Dadouch c. Malte*, 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 opérer mention du mariage célébré en Russie d'un ressortissant maltais avec une femme russe. Ce très long délai était lié à la circonstance que l'état civil maltais ne se satisfaisait pas du passeport maltais du requérant comme preuve de sa nationalité maltaise et exigeait de lui une *letter of nationality* émise par le *Department of Citizenship* (§9), alors même que le département considérait refusait d'émettre ce document au motif qu'il n'était pas obligé de le faire (§11). Le requérant avait alors diligenté une action devant les juridictions internes et, alors que cette procédure était pendante devant la Cour constitutionnelle, l'état civil maltais avait finalement, plus de deux années après la première demande formulée par le requérant, enregistré le mariage sur base des documents initialement déposés (§§23-24). Cette affaire a été l'occasion pour la Cour de poser le principe suivant lequel le statut matrimonial d'une personne fait partie de son identité personnelle, sociale et psychologique. Dès lors, l'enregistrement du mariage concerne à la fois la vie privée et la vie familiale des individus et entre dans le champ d'application de l'article 8 (§48). La Cour a relevé que rien ne justifiait que l'enregistrement du

applicant's identity. The concept of private life is so vast that it embraces everything, even things pertaining to public law. Denial of citizenship always has an impact in a general way on any person, so this alone cannot be taken as the reason why social identity has been affected». Le juge conclut : «Therefore the facts in this case do not warrant the Court pushing this concept too far. "The jaws of Article 8 have already been opened wide enough". There are limits on the personal sphere and while certain measures by the State can affect an individual from developing his personality, it does not mean that all these measures shall be considered as an interference with his private life. This is so in the present case».

⁽¹⁷⁾ Voy. : décision *Benes c. Autriche* du 6 janvier 1992 (nullité du mariage : manifestement mal fondé).

mariage du requérant ait pu être différé durant plus de deux années (§§57-58). Elle a insisté particulièrement sur la circonstance que la Cour constitutionnelle maltaise, qui avait fini par statuer après l'enregistrement sollicité, avait expressément reconnu que le délai écoulé résultait d'une «léthargie interdépartementale» (§59). **La Convention avait donc été violée.**

II. — Protection de la personne

A. — *Protection de la vie privée personnelle et sociale*⁽¹⁸⁾

18. Le respect dû à la vie privée protège les individus non pas seulement dans un cercle intime où chacun peut *a priori* «mener sa vie personnelle à sa guise à l'écart du monde extérieur»⁽¹⁹⁾, mais également dans ses relations avec ses semblables. Ainsi, s'est progressivement développée, dans la jurisprudence de la Cour, à partir de l'arrêt *Nimietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, l'idée que la vie privée inclut le droit d'aller vers les autres, y compris dans le cadre de relations professionnelles et commerciales⁽²⁰⁾. Il s'ensuit que dans la sphère de l'intimité comme dans le cadre des relations avec autrui, chacun bénéficie de la protection de sa vie privée, laquelle induit tout à la fois une certaine maîtrise des éléments qui manifestent sa personnalité (l'image, la réputation, la correspondance, les informations à caractère personnel,...) et une certaine liberté dans le

⁽¹⁸⁾ En doctrine : F. SUDRE, «La vie privée, socle européen des droits de la personnalité», in *Les droits de la personnalité* (dir. J.-L. RENCHON), Actes du Xe colloque de l'association Famille & Droit, Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, coll. Famille & Droit, n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 1-21; *Vie privée et procédure* : J.-P. MARGUÉNAUD, in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et M. LEVINET, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^e éd. Paris, PUF, 2011, pp. 472-476; *Vie privée et vie professionnelle* : G. DE BECO, «Le droit au respect de la vie privée dans les relations de travail au sein des sociétés religieuses — L'approche procédurale de la Cour européenne des droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme, *Obst et Shüth c. Allemagne*, 23 septembre 2010», *Rev. trim. dr. h.*, 2011, pp. 375-393; J.-P. LABORDE, «Le droit à une vie familiale pour le salarié», in *Le droit à une vie familiale* (dir. J.-J. LEMOULAN et M. LUBY), coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2007, pp. 49-59; *Données à caractère personnel* : D. DE ROY, C. DE TERWANGNE et Y. POULLET, «La Convention européenne des droits de l'homme en filigrane de l'administration électronique», *C.D.P.K.*, 2007, pp. 306-347; P. DE HERT et K. WEIS, «La conservation pour une durée indéterminée d'empreintes digitales, d'échantillons cellulaires et profils A.D.N. de personnes acquittées porte atteinte au respect de leur vie privée», *Vigiles*, 2009, pp. 79-83.

⁽¹⁹⁾ J.-P. MARGUÉNAUD, in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et M. LEVINET, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^e éd. Paris, PUF, 2011, p. 517.

⁽²⁰⁾ *Ibid.*, pp. 515-525.

développement de cette même personnalité (l'identité sexuelle, les comportements sexuels et vestimentaires,...). Ce double droit – qui s'exprime donc aussi sur un double terrain – n'est cependant pas absolu et nombreuses sont les circonstances dans lesquelles l'action de l'État ou celles de tiers contrarie cette possibilité de maîtriser ou de développer sa personnalité.

Un équilibre est ainsi à trouver chaque fois que le droit d'un individu à la maîtrise des aspects de sa personnalité se trouve confronté aux différentes velléités de collecte, de traitement et de conservation d'informations des pouvoirs publics liées à des politiques aussi diverses que l'enregistrement de la population, la prévention de la criminalité ou la mise en œuvre d'un système de sécurité sociale⁽²¹⁾. Par ailleurs, le droit à la maîtrise des éléments de sa personnalité trouve des adversaires de choix dans le principe de la liberté de la presse (arrêt *Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004) ou dans le droit pour une partie à un procès de présenter les éléments de preuves susceptibles de lui permettre d'obtenir gain de cause (voy. les arrêts *N.N. et T.A. c. Belgique* du 13 mai 2008 et *L.L. c. France* du 10 octobre 2006)⁽²²⁾. Il faut aussi s'atteler à des arbitrages minutieux lorsqu'un individu formule le souhait *a priori* légitime d'accéder à des informations qui le concernent, si la divulgation des informations considérées est susceptible de contrarier des politiques publiques et/ou les droits et libertés d'autrui. Il n'est pas nécessaire à cet égard de rappeler les arrêts *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989 ou *Odièvre c. France* du 13 février 2003 pour donner la mesure de la sensibilité des questions considérées (voy. aussi les arrêts *K.H. et autres c. Slovaquie* du 28 avril 2009 et *Roche c. Royaume-Uni* du 19 octobre 2005)⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Arrêt *K.T. c. Norvège* du 25 septembre 2008 (enquête des services de protection de l'enfance: non-violation); arrêt *I c. Finlande* du 17 juillet 2008 (protection insuffisante des informations relatives à la séropositivité: violation); arrêt de grande chambre *Marper c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2008 (conservation des empreintes digitales et échantillons ADN prélevés dans le cadre des enquêtes pénales: violation); arrêt *Z c. Finlande* du 25 février 1997 (divulgation d'informations relatives à la séropositivité dans le cadre d'une procédure pénale: violation).

⁽²²⁾ Arrêt *L.L. c. France* du 10 octobre 2006 (production d'une pièce du dossier médical: violation); arrêt *N.N. et T.A. c. Belgique* du 13 mai 2008 (production de correspondance amoureuse: non-violation); voy. aussi l'arrêt *Sanchez Cardenas c. Norvège* du 4 octobre 2007 relatif à des soupçons d'abus non décisifs énoncés dans la motivation d'une décision sur le droit de visite: violation; en doctrine: F. SUDRE, «La vie privée, socle européen des droits de la personnalité», *op. cit.*, pp. 7-9.

⁽²³⁾ Arrêt *K.H. et autres c. Slovaquie* du 28 avril 2009 (accès au dossier médical: violation); arrêt de grande chambre *Roche c. Royaume-Uni* du 19 octobre 2005 (accès d'un militaire à des informations sur des expériences chimiques et biologiques auxquelles il a participé: violation); arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989 (séance plénière) (accès d'un enfant placé à son dossier personnel: violation).

Le déploiement de la vie privée dans le champ professionnel pose également de délicates questions, qu'il s'agisse du traitement par l'employeur des informations échangées par le travailleur par téléphone ou au moyen des nouvelles technologies durant son travail (voy. arrêt *Copland c. Royaume-Uni* du 3 avril 2007) ou encore du licenciement ou de la révocation d'un travailleur lié aux comportements, par exemple relationnels ou vestimentaires, qu'il adopte dans le cadre de son travail ou des comportements sexuels qu'il adopte en dehors de celui-ci (voy. par ex. les arrêts *Smith et Grady c. Royaume-Uni* et *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999)⁽²⁴⁾.

1. *Vie privée et prévention de la criminalité : le traitement de données à caractère personnel*

19. Dans un arrêt *Gardel c. France* du 17 décembre 2009, la Cour a considéré conforme au prescrit conventionnel l'inscription du requérant, qui avait été condamné à quinze années de réclusion pour des faits de viol sur mineure, au fichier des auteurs d'infractions sexuelles (FIJ AIS). Elle a eu spécialement égard, pour ce faire, à la légitimité de l'objectif poursuivi par les autorités françaises étant la prévention des infractions sexuelles, à la circonstance que les informations sont exclusivement accessibles par à des autorités astreintes à la confidentialité et dans des circonstances précisément définies et à la possibilité pour la personne renseignée dans le fichier litigieux de saisir le Procureur de la République d'une demande d'effacement anticipé (§§63 à 70). Ces différents éléments ont amené la Cour à **valider le système français** malgré la faveur actuelle pour la réinsertion (§64) et le caractère limité de la marge d'appréciation étatique en matière de données à caractère personnel (§§61 et 62).

20. Cette affaire est à mettre en parallèle avec une affaire *Khelili c. Suisse*, qui a donné lieu à un arrêt du 18 octobre 2011, dans laquelle la requérante se plaignait de son inscription et du maintien de celle-ci dans les fichiers de la police en qualité de «prostituée», en raison de cartes de visite qu'on avait trouvées sur elle et qui précisaient : «Gentille, jolie femme fin trentaine attend ami pour prendre un verre de temps en temps ou sortir. Tel. (...)». La Cour a ici considéré que l'ingérence – importante – dans la vie privée de la requérante n'était pas nécessaire dans une société démocratique dès lors que la mention incriminée était de nature à lui

⁽²⁴⁾ Arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999 (révocation de militaires en raison de leur orientation sexuelle : violation); arrêt *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999 (révocation de militaires en raison de leur orientation sexuelle : violation).

porter sérieusement préjudice tandis qu'elle ne s'appuyait que sur les cartes de visite ambiguës trouvées sur elle. La Cour a signalé qu'elle ne sous-estimait pas l'importance d'une prévention efficace de la criminalité. Elle a cependant relevé l'importance de la présomption d'innocence et la circonstance que la requérante n'avait jamais été condamnée pour exercice illégal de la prostitution. Dans semblable contexte, elle a conclu que le maintien de la mention litigieuse ne pouvait être considéré comme correspondant à un «*besoin social impérieux*» (§68) en manière telle que **l'article 8 de la Convention avait été violé** (§71).

2. Vie privée et procédure judiciaire : l'accès aux informations personnelles

21. Dans une affaire *Tsourlakis c. Grèce*, qui a donné lieu à un arrêt du 15 octobre 2009, était en cause l'impossibilité pour un père d'accéder au rapport d'expertise établi par la Société pour la protection de l'enfance dans le cadre de la procédure judiciaire l'opposant à son épouse s'agissant de la garde de l'enfant commun. La cour d'appel d'Athènes avait ordonné l'établissement de ce rapport pour instruire la demande de garde exclusive formulée par la mère de l'enfant. Sur la base de ce document, les juges d'appel grecs avaient pris le parti d'accéder à la demande. Le requérant ne s'était pas pourvu en cassation, mais il avait demandé à pouvoir consulter le rapport établi par la Société de protection de l'enfance, ce qui lui avait été refusé. La Cour s'est notamment référée à ses arrêts *Gaskin c. Royaume-Uni*, *Roche c. Royaume-Uni* et *K.H. et autres c. Slovaquie*. À son estime, s'agissant du cas d'espèce, «*la communication du rapport lui aurait (...) permis de prendre connaissance d'éventuels points négatifs contenus dans celui-ci et qui ont pu influencer la décision des juges et, le cas échéant, les prendre en compte pour l'avenir en vue d'améliorer sa relation avec son fils. Il apparaît que le requérant avait aussi participé à l'élaboration du rapport et il était donc légitime qu'il puisse connaître la manière dont les informations qu'il avait fournies étaient analysées et prises en compte par la Société de la protection de l'enfance*» (§43). Or, comme l'a relevé la Cour, les autorités grecques n'avaient «*en substance pas motivé*» leur décision de refuser au requérant l'accès au rapport (§44) dans un contexte où la législation nationale relative à l'utilisation de tels rapports n'était «*pas d'une grande limpidité*» (§43). Pourtant, «*il appartient aux autorités de démontrer qu'il existe des raisons impérieuses justifiant la non-divulgaration à l'intéressé d'un rapport contenant des informations personnelles le concernant directement*» (*K.H. et autres c. Slovaquie*, §48) tandis qu'«*il pèse sur les autorités une obligation positive d'offrir au requérant une "procédure effective et accessible" lui permettant d'avoir accès à "l'ensemble des*

informations pertinentes et appropriées» (Roche, §162). Dès lors, la Cour a constaté que **la Grèce n'avait pas respecté ses obligations** conventionnelles en l'espèce (§45).

3. *Vie privée et vie professionnelle : les conséquences professionnelles des agissements privés*

22. Dans trois affaires dont elle a été saisie, la Cour a été amenée à examiner des situations dans lesquelles des individus s'étaient trouvés privés de leur emploi en raison des comportements qu'ils avaient adoptés dans le cadre de leur vie privée et familiale. Dans ces trois cas, les fonctions considérées posaient la question d'éventuels empiètements légitimes sur la vie privée de ceux qui les occupent.

23. Dans une première affaire *Ozpınar c. Turquie* du 19 octobre 2010, la Cour s'est ainsi penchée sur la révocation d'une magistrate suite à la tenue d'une enquête interne relative notamment à différents aspects de sa vie privée. Singulièrement, une dénonciation anonyme émanant d'«*un groupe de policiers patriotes*» faisait état tout d'abord de ce que la juge Ozpınar entretenait plusieurs relations sentimentales avec des hommes occupant des fonctions importantes (Maire, conseiller municipal, gendarme,...) et notamment avec un avocat qui la logeait et bénéficiait de faveur dans le cadre des procédures. La dénonciation faisait également valoir que l'intéressée se présentait parfois au travail en étant trop maquillée ou en arborant une minijupe fendue d'une manière incompatible avec la fonction de juge. Enfin, les «*policiers patriotes*» faisaient valoir que la juge se présentait tard au travail et le quittait tôt, cela sans raison particulière (§8). La Cour a relevé que le statut de magistrat ne privait pas un individu de la protection de l'article 8 (§§69 et 72), même si, d'un autre côté, «*les devoirs déontologiques d'un magistrat peuvent empiéter sur sa vie privée, lorsque par son comportement – fût-il privé –, le magistrat porte atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'institution judiciaire*» (§71). Il s'agit donc, dans pareilles espèces, de réaliser un juste équilibre entre, d'une part, le droit fondamental au respect de la vie privée des individus et, d'autre part, le souci légitime de l'État de préserver la fonction publique (§72). Dans ce contexte, la Cour soulève qu'«*en l'espèce, même si certains des comportements attribués à la requérante, notamment le fait d'avoir pris des décisions motivées par des considérations personnelles, pouvaient le cas échéant être de nature à justifier une mesure radicale, telle que la révocation, (...) l'enquête menée sur le plan interne n'a(vait) pas permis d'étayer solidement ces accusations. Par ailleurs, de nombreux agissements examinés au niveau interne n'avaient aucun rapport pertinent avec les activités*

professionnelles de l'intéressée. Au surplus, au cours de la procédure disciplinaire qui s'est soldée par sa révocation, la requérante n'a(vait) bénéficié que de très peu de garanties» (§77). Il y avait eu, au regard de l'ensemble de ces éléments, violation de l'article 8 de la Convention⁽²⁵⁾.

24. Dans deux affaires proches, *Schüth c. Allemagne* et *Obst c. Allemagne*⁽²⁶⁾, toutes deux tranchées le 23 septembre 2010, la Cour s'est penchée sur le licenciement de personnes travaillant pour des communautés religieuses après qu'elles avaient commis un adultère. Monsieur Schüth était organiste et chef de chœur dans une paroisse catholique. Il s'était séparé de son épouse et vivait conjugalement avec une nouvelle compagne. Lorsque l'Église catholique avait pris connaissance de cette situation, l'organiste avait été licencié (§§7-14). Monsieur Obst quant à lui était directeur pour l'Europe du département des relations publiques de l'Église mormone. Après avoir avoué à son directeur de conscience que son mariage périlait et qu'il avait eu des relations sexuelles avec d'autres femmes, il avait été licencié puis excommunié (§§6-9). Suivant la Cour, dans les deux affaires, la question était celle de savoir si l'État avait une obligation positive de protéger le droit au respect de la vie privée des requérants contre la mesure de licenciement prise par l'Église catholique (*Schüth*, §57 et *Obst*, §43). Ayant conclu à l'existence d'une telle obligation, la Cour a relevé qu'en principe l'Allemagne la respectait dès lors qu'elle mettait en place un système dans le cadre duquel les juridictions du travail puis la Cour constitutionnelle pouvaient «examiner la licéité du licenciement litigieux sous l'angle du droit du travail étatique en tenant compte du droit du travail ecclésiastique» et «mettre en balance les intérêts divergents du requérant et de l'Église employeur». À partir de ce point de départ identique, la Cour a atteint dans les deux affaires des conclusions opposées. Dans l'affaire *Schüth*, la mauvaise qualité des décisions des juridictions internes couplée à la difficulté pour le requérant de retrouver un emploi au regard de la singularité de son travail (§§72-73) ont conduit la Cour à considérer que l'Allemagne n'avait pas respectée les obligations

⁽²⁵⁾ Cette décision a été prise à l'unanimité; voy. cependant l'opinion séparée du juge Sajó à laquelle se rallie le juge Popovic suivant laquelle la Cour n'aurait pas dû limiter comme elle l'a fait son examen à l'article 8, mais aurait également dû constater une violation de l'article 6 malgré la qualité de «personne exerçant une fonction publique» de la requérante.

⁽²⁶⁾ À propos de cette décision : L. KAENS et L. MISSON, «Les Églises en conflit avec l'adultère de leurs employés», note sous Cour eur. D.H., arrêts *Schüth* et *Obst c. Allemagne* du 23 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2010, pp. 1959-1963; G. LAUWERS, «Een geladen uitspraak over de sanctie op overspel», note sous Cour eur. D.H., arrêts *Schüth* et *Obst c. Allemagne* du 23 septembre 2010, *T.O.R.B.*, 2010-11, liv. 1-2, pp. 165-166; G. DE BECO, «Le droit au respect de la vie privée dans les relations de travail au sein des sociétés religieuses — L'approche procédurale de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*

positives qu'elle avait à l'endroit du requérant (§75). À l'inverse, dans l'arrêt *Obst*, la Cour a considéré que les juridictions allemandes avaient opéré **une pesée satisfaisante** des intérêts en présence notamment par égard à l'importance des fonctions occupées et à la gravité de l'adultère considéré ainsi qu'aux conséquences limitées du licenciement du requérant qui était déjà âgé et bénéficiait d'une ancienneté élevée (§§48-51).

B. — *Protection de l'autonomie personnelle :
l'accès aux substances euthanasiantes* ⁽²⁷⁾

25. La garantie, dans le contexte de l'article 8 de la Convention, d'un droit à l'autonomie personnelle découvert et développé à partir de l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002 induit notamment la reconnaissance à l'individu de la possibilité de poser librement un certain nombre de choix relativement à son corps, y compris lorsque ces choix induisent des conséquences que l'on peut considérer comme des atteintes au corps. Dans l'affaire *Pretty*, la Cour avait décidé que l'article 8, même s'il comprenait un droit à l'autonomie personnelle, ne permettait pas de reconnaître à la requérante, qui était atteinte d'une maladie dégénérative irréversible, le droit d'obtenir des autorités la garantie que son mari ne serait pas poursuivi pénalement s'il l'aidait à mettre fin à ses jours ⁽²⁸⁾.

Les arrêts *I* et *Christine Goodwin* du 11 juillet 2002 renvoient également à la notion d'autonomie personnelle alors qu'il n'y était pourtant pas question de la dimension strictement corporelle du transsexualisme, tandis que les arrêts *Van Kück* et *L.* rendus ultérieurement et qui portaient précisément sur ce versant corporel de la transsexualité n'y font pas allusion ⁽²⁹⁾. Dans son arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005 ⁽³⁰⁾,

⁽²⁷⁾ En doctrine : J.-P. MARGUÉNAUD, in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et M. LEVINET, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^e éd. Paris, PUF, 2011, pp. 505-515; D. ROMAN, «Autodétermination personnelle et choix de vie et de mort dans la jurisprudence de la Cour européenne», in *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), coll. Droit et Justice, n° 93, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2010, pp. 253-276.

⁽²⁸⁾ Arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002 (refus de permettre l'assistance au suicide : non-violation); arrêt *Keenan c. Royaume-Uni* du 3 avril 2001 (non-prévention d'un suicide en prison : violation).

⁽²⁹⁾ Arrêt *L. c. Lituanie* du 11 septembre 2007 (absence d'accès à la chirurgie de changement de sexe complet : violation); arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003 (refus de prise en charge par l'assurance : violation).

⁽³⁰⁾ A. DIERICKX, «De strafrechtelijke benadering van sadomasochisme. Een commentaar naar aanleiding van het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 17 februari 2005 in de zaak *K.A. en A.D./België*», *T. Strafr.*, 2005, pp. 387-404; J.-L. RENCHON, «La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle? À propos de l'arrêt *K.A. et A.D.*».

c'est pourtant bien du droit à l'autonomie personnelle que la Cour déduit celui de décider de subir des violences extrêmes dans le cadre de pratiques sadomasochistes⁽³¹⁾.

La construction jurisprudentielle du droit à l'autonomie personnelle n'apparaît donc pas homogène. La meilleure preuve en est qu'un arrêt rendu par la Cour durant la période recensée et s'inscrivant dans la droite ligne de la jurisprudence *Pretty* – qu'il confirme expressément – s'abstient purement et simplement d'y faire référence.

26. Dans cette affaire *Haas c. Suisse*, qui a donné lieu à un arrêt du 20 janvier 2011, le requérant était un ressortissant suisse qui souhaitait pouvoir obtenir sans ordonnance le pentobarbital sodique qui lui permettrait de mettre fin à ses jours avec l'aide de l'association *Dignitas* (§§6-8). La Cour y relève expressément que «*le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de forger librement sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention*» (§51) et qu'«*il convient d'examiner la demande du requérant à avoir accès au pentobarbital sodique sans ordonnance médicale sous l'angle d'une obligation positive de l'État de prendre les mesures nécessaires permettant un suicide digne*» (§53). La Cour a ensuite procédé à un examen comparatif au terme duquel il est apparu que la grande majorité des États parties à la Convention donnent plus de poids à la protection du droit à la vie qu'au droit d'y mettre fin. Les juges strasbourgeois ont alors reconnu à la Suisse le bénéfice d'une large marge d'appréciation (§55). Suivant la Cour, «*lorsqu'un pays adopte une approche libérale, des mesures appropriées de mise en œuvre d'une telle législation libérale et des mesures de prévention des abus s'imposent*» (§57) et «*le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention oblige les États à mettre en place une procédure propre à assurer qu'une décision de mettre fin à sa vie corresponde bien à la libre volonté de l'intéressé*» (§58). Dans pareil contexte, la Cour a considéré que les exigences posées par le droit suisse, soit la délivrance d'une ordonnance médicale sur le fondement d'une expertise psychiatrique, étaient de nature à réaliser un équilibre adéquat entre la reconnaissance de l'autonomie des individus et la protec-

c/ Belgique du 17 février 2005 de la C.E.D.H.», in *Hommage à Francis Delpérée. Itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1309-1320.

⁽³¹⁾ Arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005 (condamnation pénale de pratiques sadomasochistes non consenties : non-violation); arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997 (condamnation pénale de pratiques sadomasochistes enregistrées : non-violation).

tion de leur droit à la vie (§58). Elle a donc conclu, unanimement, à l'absence de violation de l'article 8.

C. — *Protection de l'intégrité physique et morale :
les violences conjugales* ⁽³²⁾

27. Au titre du respect de l'intégrité physique et morale de la Convention, l'article 8 impose aux autorités nationales de s'abstenir de mettre en œuvre, sans justification suffisante, des mesures qui induisent des atteintes au bien-être physique et moral des individus et de protéger ces mêmes individus contre les comportements des tiers qui constitueraient de telles atteintes. Le plus souvent, cependant, l'article 8 n'est pas seul à être invoqué, dès lors qu'une atteinte à l'intégrité physique et morale peut également constituer, pour autant qu'elle présente un degré de gravité suffisant, une violation de l'article 3 de la Convention qui prohibe les traitements inhumains et dégradants.

Dans un arrêt *Conka et Ligue des droits de l'homme c. Belgique* du 13 mars 2001, la Cour avait ainsi examiné, sous l'angle des deux dispositions, la situation dans laquelle, dans le cadre de l'exécution d'une mesure d'éloignement prise à l'encontre d'étrangers, ceux-ci s'étaient vu apposer sur la main, de force et en public, le numéro du siège qu'ils occuperaient dans l'avion et qui figurait également sur leur bagage. La Cour avait toutefois considéré que l'atteinte en cause présentait un degré de gravité insuffisant pour conduire à une violation de l'article 3 ou de l'article 8 ⁽³³⁾.

Le prisme du respect de l'intégrité physique et morale, garanti par les articles 3 et 8 de la Convention, est aussi celui par lequel la Cour a appréhendé les châtiments corporels à l'égard des enfants à la fois dans le cadre scolaire (voy. l'arrêt *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* du 25 mars 1993) et dans le cadre familial (voy. l'arrêt *A c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998).

C'est logiquement aussi sous cette double bannière des articles 3 et 8 que se développe actuellement une jurisprudence strasbourgeoise relative aux situations dans lesquelles des femmes dénoncent l'inaction des autori-

⁽³²⁾ En doctrine : F. KRENC, «L'action du Conseil de l'Europe et les protections offertes par la Convention européenne des droits de l'homme dans le domaine de la violence conjugale», in *La violence conjugale* (dir. A. BOAS et J. LAMBERT), coll. Droit et Justice n° 56, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2004, pp. 135 et s.; P. LAMBERT, «La violence conjugale et la Convention européenne des droits de l'homme», in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUECHAVY), coll. Droit et Justice, n° 78, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, pp. 47-53.

⁽³³⁾ Voy. aussi par ex. les arrêts *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, *M. C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003 et *Bogumil c. Portugal* du 7 octobre 2008.

tés étatiques face aux violences conjugales dont elles ont été victimes et qu'elles ont dénoncées afin d'en être protégées. Dans un arrêt *Bevacqua et S. c. Bulgarie* du 12 juin 2008, la Cour a ainsi signalé que l'article 8 imposait aux États signataires de la Convention l'obligation positive de protéger les femmes contre les violences domestiques avant de conclure à la violation de cette disposition à raison de l'insuffisance des mesures prises par les autorités bulgares. Au cours de la période recensée, la Cour a pu conclure à deux reprises à la violation de la Convention à raison de l'incapacité d'États membres à prévenir ou interrompre des situations de violences conjugales⁽³⁴⁾.

28. Les violences conjugales et l'insuffisance des mesures prises par les autorités étatiques pour y remédier étaient au cœur de l'affaire *A. c. Croatie* qui a donné lieu à un arrêt du 14 octobre 2010. Cela a été l'occasion pour la Cour de rappeler que les atteintes à l'intégrité physique et morale d'un individu relevaient du champ de la vie privée garantie par l'article 8 (§58). Alors que la requérante articulait son recours sur les articles 2, 3 et 8 de la Convention, la Cour a expressément pris le parti d'analyser le cas qui lui était soumis «à partir du point de départ de l'article 8» (§57). Dans cette affaire où une femme avait fait l'objet durant plusieurs années de comportements extrêmement violents de son mari, la Cour a considéré que **la Croatie n'avait pas assumé l'obligation positive** mise à la charge des États membres en la matière (§80). En effet, différentes mesures de protection avaient pu être ordonnées dans le cadre des procédures pénales diligentées à l'encontre de l'auteur des violences. Cependant, seule une part assez réduite de ces mesures (emprisonnement, traitements, amendes,...) avait été effectivement mise en œuvre (§§76-79)⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Arrêt *Bevacqua et S. c. Bulgarie* du 12 juin 2008 (protection insuffisante d'une femme contre les violences de son mari dans le cadre d'une procédure en divorce conflictuelle : violation).

⁽³⁵⁾ Dans cette même affaire, la requérante faisait valoir que l'attitude des autorités croates relativement aux violences conjugales dont elle avait pu être victime constituait également une violation de l'article 14 de la Convention combiné à l'article 8 dès lors que ce sont les femmes qui se trouvent préjudiciées par l'inefficacité des mesures prises contre les violences conjugales (§88). La Cour a comparé cette affaire avec l'affaire *Opuz* (arrêt du 9 juin 2009) dans le cadre de laquelle elle avait admis l'existence d'une discrimination à l'égard des femmes dans le cadre du traitement par les autorités turques des situations de violences conjugales (§§95-96). Elle a relevé que Madame A. n'était pas en mesure de produire à l'appui des reproches par elle formulés une documentation semblable à celle qui avait été déposée à la Cour par Madame Opuz (notamment un rapport du CEDAW) (§97) en manière telle que «*the Court has already established that not all the sanctions and measures ordered or recommended in the context of these proceedings were complied with. While this failure appears problematic from the standpoint of Article 8 of the Convention, it does not in itself disclose an appearance of discrimination or discriminatory intent on the basis of gender in respect of the applicant*» (§101).

29. Les violences conjugales ont aussi fait, le 30 novembre 2010, l'objet d'un arrêt de violation *Hajduova c. Slovaquie* dans un contexte où les juridictions nationales, tout en condamnant le mari de la requérante pour ses actes violents et en soulignant la nécessité d'un traitement psychiatrique, n'avaient pas expressément ordonné à l'institution médicale de le détenir aux fins du traitement considéré (§48). Le mari violent avait dès lors pu proférer à nouveau des menaces à l'endroit de son épouse. Il avait alors été arrêté par les forces de police avant que le tribunal de Kosice veuille à organiser effectivement son internement pour traitement (§§49-50). Dans cet arrêt, la Cour a particulièrement insisté sur la vulnérabilité des victimes de violences conjugales et la nécessité corrélative d'un engagement actif de l'État dans leur protection. D'une certaine manière, il apparaît que la fragilité du bénéficiaire de la protection conventionnelle justifie une forme d'amplification de l'obligation positive mise à charge des États membres («*an even greater degree of vigilance*») (§§46 et 50). À nouveau, la Cour a considéré que **les autorités nationales n'avaient pas assumé l'obligation positive** qui leur incombait de protéger la requérante (§52)⁽³⁶⁾.

D. — *Protection des personnes vulnérables* ⁽³⁷⁾

30. La Cour a rendu un grand nombre de décisions relatives aux garde-fous procéduraux à mettre en œuvre lorsqu'il s'agit de réduire substantielle-

⁽³⁶⁾ Dans l'arrêt *Opuz c. Turquie* du 9 juin 2009, la Cour a constaté la violation des articles 2 (droit à la vie) et 3 (protection contre les traitements inhumains et dégradants) de la Convention dès lors qu'un ex-mari avait violenté son ex-épouse et tué son ex-belle-mère. La Cour a en outre conclu à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe dès lors que cette affaire dramatique s'inscrivait dans le contexte d'une passivité généralisée des juridictions turques qui créait un climat propice à cette violence (violation des articles 2 et 14 combinés et 3 et 14 combinés); voy. par ailleurs l'arrêt *E.S. et autres c. Slovaquie* du 15 septembre 2009 dans lequel la Cour constate la violation des articles 3 et 8 de la Convention à raison du non-respect par les autorités slovaques de l'obligation positive de protéger une femme et ses filles du mari violent dans le contexte d'un divorce très conflictuel et alors que l'homme avait été reconnu coupable de violences et d'abus sexuels.

⁽³⁷⁾ Voy. aussi : arrêt *Beiere c. Lettonie* du 29 novembre 2011 (violation de l'article 5 de la Convention à raison de la détention du requérant en hôpital psychiatrique); arrêt *Gorobet c. Moldavie* du 11 octobre 2011 (violation de l'article 5 de la Convention à raison de la détention du requérant en hôpital psychiatrique); arrêt *Kruskovic c. Croatie* du 21 juin 2011 (impossibilité pour un incapable d'agir en vue de voir reconnue en droit sa paternité : violation); décision *Lashin c. Russie* du 6 janvier 2011 (recevabilité du grief formulé sur pied de l'article 12 de la Convention par un incapable empêché de se marier); arrêt *Shopov c. Bulgarie* du 2 septembre 2010 (soins psychiatriques obligatoires maintenus pendant cinq ans : violation); arrêt *Salontaji-Drobnjak c. Serbie* du 13 octobre 2009 (disproportion de la mesure d'incapacité et caractère inadéquat de la procédure : violation); arrêt *Berkova c. Slovaquie* du 24 mars 2009 (mise sous tutelle et impossibilité de solliciter le rétablissement de la capacité juridique : violation); voy. enfin, l'arrêt de grande chambre rendu dans l'affaire *Stanev c. Bulgarie* le 17 janvier 2012.

ment la capacité juridique d'un individu et *a fortiori* lorsque sa liberté d'aller et venir, garantie par l'article 5 de la Convention, est également en jeu⁽³⁸⁾. Dans son arrêt *Shtukaturov c. Russie* du 27 mars 2008, la Cour a ainsi rappelé que les restrictions à la capacité légale des personnes constituaient une ingérence dans les droits conférés par l'article 8 de la Convention (§83). Cet arrêt de violation était intéressant à plus d'un titre puisqu'il soulignait en outre notamment le caractère nécessairement exceptionnel des mesures d'incapacité complète et mettait en exergue la nécessité pour les États membres de prévoir des solutions souples – ou «*tailor-made response*» – qui puissent être adaptées aux difficultés spécifiques de la personne à protéger (§95). Dans un arrêt *X et Y c. Croatie* rendu pendant la période recensée et présenté ci-dessous, la Cour a pu revenir sur les exigences procédurales et substantielles mises à la charge des États s'agissant des mesures de restriction ou de retrait de la capacité juridique. Elle a par ailleurs été amenée, durant cette même période, à mettre en balance la nécessité de protéger les mineurs contre les actes posés au détriment de leurs intérêts économiques et celle de garantir la sécurité juridique par la voie de prescriptions.

1. *Minorité et prescription : la protection des mineurs face à la sécurité juridique*

31. Dans l'affaire *Stagno c. Belgique*⁽³⁹⁾, qui a donné lieu à un arrêt du 7 juillet 2009, la Cour a ainsi été amenée à connaître de la situation de trois jeunes femmes dont le père était décédé alors qu'elles étaient enfant. Elles avaient bénéficié d'une assurance décès et une somme d'argent conséquente avait été versée par la société Fortis à leur mère en sa qualité d'administratrice légale. La mère des requérantes avait cependant perçu les fonds sans l'autorisation judiciaire prescrite et les avait dilapidés. Après leur majorité, les requérantes avaient saisi les juridictions belges

⁽³⁸⁾ Arrêt *Shtukaturov c. Russie* du 27 mars 2008 (placement en hôpital psychiatrique et incapacité complète : violation); arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005 (placement en hôpital psychiatrique et traitement médical forcé : violation); arrêt *Herczegfalvy c. Autriche* du 24 septembre 1992 (placement en hôpital psychiatrique : violation); arrêt *Luberti c. Italie* du 23 février 1984 (internement : violation); arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas* du 24 octobre 1979 (placement en hôpital psychiatrique : violation).

⁽³⁹⁾ À propos de cette décision : B. DUBUISSON, «La prescription des actions dérivant du contrat d'assurance devant la Cour européenne des droits de l'homme», note sous Cour eur. D.H., arrêt *Stagno c. Belgique* du 7 juillet 2009, *J.L.M.B.*, 2010, pp. 687-690; E. DE KEZEL, «EHRM velt principearrest over verjaringstermijn», *Juristenkrant*, 2009, liv. 199, p. 3; G. JOCQUE, «EVRM beschermt minderjarigen tegen verjaring (inzake verzekeringen)», note sous Cour eur. D.H., arrêt *Stagno c. Belgique* du 7 juillet 2009, *Bull. ass.*, 2010, liv. 1, pp. 36-38; E. VAN BRUSTEM et M. VAN BRUSTEM, «Le dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme et la suspension de la prescription», note sous Cour eur. D.H., arrêt *Stagno c. Belgique* du 7 juillet 2009, *J.L.M.B.*, 2010, pp. 690-695.

d'une action contre leur mère et la société Fortis pour obtenir leur condamnation solidaire au paiement d'une somme de 550 000 BEF correspondant à une partie de l'assurance-vie. Subséquemment, les trois jeunes femmes avaient renoncé à l'action contre leur mère, ayant atteint avec elle un arrangement financier. Demeurait par contre l'action contre Fortis qui avait été jugée irrecevable par les juridictions belges à raison de la prescription triennale des actions découlant des contrats d'assurance. Les requérantes avaient plaidé vainement que ce délai devait être suspendu pendant leur minorité.

Dans son arrêt du 7 juillet 2009, la Cour a relevé que le délai de prescription de trois ans considéré avait été appliqué à l'action introduite par des majeurs sur base d'un fait survenu quand ils étaient mineurs, alors même qu'en vertu de la loi ils n'étaient pas capables d'introduire l'action durant leur minorité et que leur représentant légal dont les intérêts étaient opposés aux leurs ne l'avait pas fait en leur nom (§33). Suivant la Cour, la circonstance que les trois requérantes avaient introduit une demande contre leur mère puis l'avaient retirée, alors même qu'elles auraient pu en théorie lui réclamer une réparation intégrale de leur dommage, n'avait pas d'incidence sur leur droit d'introduire une autre demande contre la société Fortis (§32). En se fondant notamment sur ses arrêts *Shofman c. Russie* et *Phinikaridou c. Chypre*, elle a considéré que l'application rigide du délai triennal et la limitation au droit d'accès à un tribunal qui s'en était ensuivie n'étaient pas proportionnées au but visant à garantir la sécurité juridique et la bonne administration de la justice (§34) **L'article 6 de la Convention avait donc été violé**⁽⁴⁰⁾.

2. Mise sous statut d'incapacité : exigences substantielles et garanties procédurales

32. Dans une affaire *X et Y c. Croatie* qui a donné lieu à un arrêt du 3 novembre 2011, la Cour a examiné la requête introduite par une mère et sa fille qui, toutes deux, se plaignaient des procédures de mise sous statut d'incapacité dont elles avaient fait l'objet à l'initiative du Centre d'aide sociale local. La mère était âgée et vivait dans une maison de repos dès lors que sa fille qui souffrait de dystrophie musculaire n'était pas en mesure de prendre soin d'elle. Le Centre d'aide sociale avait introduit, l'une après l'autre, deux procédures tendant à supprimer la capacité juridique des

⁽⁴⁰⁾ Voy. l'opinion dissidente du juge Sajó qui considère que : «*Les requérantes disposaient bien d'un recours et pouvaient accéder à un tribunal puisqu'elles avaient la possibilité de poursuivre leur représentante légale. Dans ces conditions, on ne saurait dire qu'elles se sont vu refuser l'accès à un tribunal*» (pp. 13-14).

requérantes. La mère, première requérante, faisait valoir qu'elle n'avait pas été impliquée dans la procédure qui avait conduit à la décision la mettant sous statut d'incapacité, laquelle comportait une page et demie et n'était pas correctement motivée. La Cour a observé que la requérante n'avait effectivement pas été avisée de la mise en œuvre de la procédure, et n'avait ni été convoquée à l'audience, ni rencontrée par le juge (§81). La Cour s'est fondée notamment sur son arrêt *Shtukaturov c. Russie* du 27 mars 2008 pour rappeler le principe suivant lequel les juges qui sont amenés à prendre une décision impliquant des conséquences sur la vie privée des personnes aussi importantes que le retrait de la capacité juridique doivent en principe avoir un contact personnel avec les personnes considérées (§84). La Cour a souligné qu'elle était consciente de la valeur des rapports médicaux, mais que c'était *in fine* la responsabilité du juge de décider, au regard de l'ensemble des faits pertinents et des circonstances personnelles de la personne à protéger, de retirer à une personne sa capacité juridique après avoir envisagé d'autres solutions moins radicales (§85). La Cour a relevé qu'en l'espèce, les juridictions internes avaient retiré sa capacité juridique à la requérante sur base des conclusions des experts médicaux suivant lesquelles à raison de sa maladie mentale, elle était incapable de prendre soin d'elle et de gérer ses droits et ses intérêts (§90). Suivant la Cour, il est légitime de protéger les personnes malades, les personnes âgées ou les personnes qui ne sont pas en mesure de prendre soin d'elles, mais c'est une chose toute autre de priver ces personnes de leur capacité juridique : les personnes concernées dépendent des autres pour prendre différentes décisions relatives à leur vie privée (le lieu de vie, la gestion des biens et des revenus) (§90). La Cour a dès lors souligné expressément que pour s'assurer du bien-être des personnes malades ou des personnes âgées, les autorités étatiques disposent d'autres options que la suppression de la capacité légale et que cette mesure devrait être réservée à des situations exceptionnelles (§91). Elle a encore relevé qu'en l'espèce la décision n'avait pas été adressée à la requérante qui n'avait dès lors pas été en mesure de mettre en œuvre un recours (§92) avant de conclure à **la violation de l'article 6 de la Convention et à l'inutilité d'un examen sur le terrain de l'article 8**. La seconde requérante, fille de la première requérante, se plaignait de la mise en œuvre d'une procédure de retrait de sa capacité juridique, qui était toujours pendante au moment où la Cour a statué⁽⁴¹⁾, alors qu'elle était parfaitement en mesure de se

⁽⁴¹⁾ Au paragraphe 97 de l'arrêt, la Cour a précisé qu'elle souhaitait examiner la question de savoir si le recours de la seconde requérante était prématuré dès lors que la procédure litigieuse était encore en cours. Elle a répondu négativement à cette question aux paragraphes 102 et 103 en soulignant que : « *the mere institution of these proceedings already*

prendre en charge et de gérer ses intérêts. La Cour a souligné que pour mettre en œuvre une procédure de retrait de la capacité juridique, le Centre d'aide sociale croate devait s'appuyer sur des éléments factuels précis rendant compte d'un risque pour la personne elle-même ou bien pour autrui (§§106-107). Or en l'espèce, le Centre d'aide sociale avait mis en œuvre la procédure sans appuyer l'affirmation de l'existence d'un tel risque sur des éléments factuels spécifiques (§108). La Cour a en outre relevé qu'en l'espèce la requérante avait des antécédents psychiatriques, mais avait été traitée (§112) et que le rapport psychiatrique émis dans le cadre de la procédure avait été établi par un médecin qui avait seulement eu un contact téléphonique avec la requérante (§113). Celle-ci avait par ailleurs été entendue et avait fait valoir qu'elle assumait sans problème sa prise en charge quotidienne, tandis qu'aucun élément ne rendait compte d'un dommage quelconque qu'elle se serait causé à elle-même ou qu'elle aurait causé aux autres (§115). Dans ce contexte, la Cour a considéré que les autorités croates n'avaient pas respecté le prescrit légal et que la procédure diligentée à l'égard de la deuxième requérante ne poursuivait pas un but légitime et n'était pas nécessaire dans une société démocratique (§§116-117). **L'article 8 avait donc été violé**⁽⁴²⁾.

III. — Procréation

33. La procréation a donné lieu au cours des dernières années à des arrêts strasbourgeois importants. La grande chambre de la Cour a ainsi consacré, dans son arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, l'existence d'un droit «*au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent*» (§71) et décidé, dans son arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007, que «*le refus de l'insémination artificielle concerne (la) vie privée et familiale, ces notions incluant le droit au respect de la décision de devenir parents génétiques*» (§66).

La portée précise de deux prérogatives aussi fondamentales que celle de décider de devenir ou de ne pas devenir parent et celle de recourir à la procréation médicalement assistée ne laissait assurément pas de poser question. Le droit de ne pas devenir parent reconnu dans l'affaire *Evans* à celui qui retire son consentement à l'implantation d'embryons préfigurait-il un droit à l'avortement thérapeutique? Le droit de devenir parent par

has serious consequences. Thus, a special guardian is appointed for the person concerned and represents him or her in the court proceedings, and the person is subject to various assessments, including a psychiatric report, all of which concern one's private life».

⁽⁴²⁾ Voy. aussi l'opinion concordante du juge Lorenzen à laquelle se rallie le juge Steiner.

insémination artificielle reconnu au requérant détenu de l'affaire *Dickson* induisait-il le droit pour chacun de bénéficier des techniques de procréation médicalement assistée afin de réaliser son désir d'enfant?

Au cours de la période recensée, la Cour a eu le loisir de répondre à ces deux interrogations.

Ainsi, dans ses arrêts *A, B et C c. Irlande* et *R.R. c. Pologne*, respectivement rendus le 16 décembre 2010 et le 26 mai 2011, la Cour a confirmé l'absence d'un droit à l'avortement dans la Convention, mais a consolidé sa jurisprudence, dégagée dans l'arrêt *Tysiac c. Pologne* du 20 mars 2007, suivant laquelle si l'avortement est autorisé dans certaines circonstances restrictives, il y a lieu que les femmes désireuses de subir un avortement puissent voir décider, par une instance adéquate et suivant un processus équitable, si elles sont, au regard de la loi, en mesure ou pas de bénéficier d'un avortement. Dans un arrêt de grande chambre rendu le 3 novembre 2011 dans une affaire *S.H. et autres c. Autriche*, la Cour a décidé – en prenant le contrepied de l'arrêt rendu en formation de chambre le 11 mars 2010 – que l'impossibilité dans laquelle s'étaient trouvés deux couples autrichiens de mettre en œuvre un processus de procréation médicalement assistée induisant une fécondation *in vitro* en bénéficiant respectivement d'un don de sperme et d'un don d'ovules ne contrariait pas le prescrit conventionnel.

La Cour s'est également penchée sur les modalités de l'accouchement, et singulièrement sur la question de l'accouchement à domicile, dont elle a expressément considéré qu'elles relevaient du champ de l'article 8 de la Convention.

A. — *Le droit de devenir parent face à l'interdiction des fécondations in vitro hétérologues* ⁽⁴³⁾

34. Dans le cadre d'une affaire *S.H. et autres c. Autriche*, la Cour s'est penchée sur la question de l'accès à la fécondation *in vitro* avec don de sperme ou don d'ovules. La loi autrichienne sur la procréation artificielle

⁽⁴³⁾ En doctrine : N. GALLUS, «La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme (gde ch.), *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007 et *Dickson c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2007», *Rev. trim. dr. h.*, 2008, pp. 879-899; G. TEBoul (dir.), *Procréation et droits de l'enfant*, Actes des Rencontres internationales organisées les 16, 17 et 18 septembre 2003 à Marseille par l'Observatoire international du droit de la bioéthique et de la médecine, coll. Droit et Justice, n° 57, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2004; dans la jurisprudence de la Cour : arrêt de grande chambre *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007 (refus à un détenu de l'accès à la PMA : violation); arrêt de grande chambre *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007 (exigence du maintien du consentement à l'implantation d'embryons : non-violation).

prévoit qu'en principe seuls les gamètes de personnes mariées ou vivant maritalement peuvent être utilisés à leur profit dans le cadre d'une procréation médicalement assistée. À titre exceptionnel, le don de sperme est autorisé uniquement dans la perspective d'une insémination artificielle (ou fécondation *in vivo*). Le don d'ovules est quant à lui interdit en toutes circonstances.

Les requérants étaient deux couples autrichiens pour lesquels le recours respectivement à une FIV avec don de sperme et à une FIV avec don d'ovules était la seule manière de pouvoir mettre au monde un enfant génétiquement apparenté. L'affaire a fait l'objet d'un renvoi devant la grande chambre. Dans ses deux configurations, la Cour a considéré, en s'appuyant notamment sur ses arrêts *Evans* et *Dickson*, que «*le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève également de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale*». Dans son arrêt du 11 mars 2010, la chambre avait considéré la Convention violée, dès lors qu'une discrimination existait entre les requérants et les personnes qui peuvent bénéficier des techniques de PMA qui n'impliquent pas la fécondation *in vitro* d'ovules donnés ou au moyen de sperme procuré par un tiers (§§85 et 94). L'arrêt de grande chambre du 3 novembre 2011 a opté pour une solution totalement différente. Délaissant l'approche fondée sur l'interdiction de la discrimination, la grande chambre a particulièrement souligné que la Cour avait été saisie par les requérants en 2000, après que la Cour constitutionnelle autrichienne ait confirmé l'interdiction des techniques litigieuses. Il lui revenait, dans ce contexte particulier, de contrôler la conventionalité de l'attitude de l'Autriche à l'égard de ces techniques, au moment où cette attitude avait été adoptée (§84). La Cour a par ailleurs considéré que les États membres devaient jouir en la matière d'une marge d'appréciation étendue, malgré l'émergence d'un consensus européen, dès lors que ce consensus ne correspond pas à «*des principes établis de longue date*», mais bien à «*un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique*» (§96). Dans ce contexte, et en relevant encore que «*le droit autrichien n'interdit pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche*» (§114), la Cour a considéré qu'en interdisant la FIV avec don d'ovules ou don de sperme l'Autriche **n'avait pas excédé la marge d'appréciation dont elle jouissait** à l'époque pertinente (§§115-116)⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁴⁾ Les juges Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska et Tsotsoria ont atteint d'autres conclusions que la majorité et signé une opinion dissidente adjointe à l'arrêt.

B. — *Le droit de ne pas devenir parent
et l'avortement thérapeutique* ⁽⁴⁵⁾

35. Dans l'affaire *A, B et C c. Irlande*, qui a donné lieu à un arrêt de grande chambre du 16 décembre 2010, les trois requérantes étaient des femmes irlandaises qui s'étaient trouvées enceintes alors qu'elles ne se sentaient pas en mesure, pour diverses raisons, de conduire une grossesse ou d'assumer un enfant. La première requérante avait ainsi été dépressive pendant ses quatre premières grossesses et luttait de nouveau contre la dépression alors qu'elle était enceinte pour la cinquième fois (§14). La deuxième requérante était tombée enceinte par accident alors qu'elle avait pris la «pilule du lendemain» et deux médecins différents lui avaient indiqué qu'elle courait un risque important de grossesse extra-utérine (§19). La troisième requérante était atteinte d'une forme rare de cancer avec des implications potentielles pour le fœtus et sa propre santé (§24). Les trois femmes avaient pris le parti de se rendre en Angleterre pour y subir un avortement. À Strasbourg, les deux premières requérantes arguaient que l'interdiction de l'avortement pour motif de santé ou de bien-être était contraire à l'article 8 de la Convention. La troisième se plaignait de n'avoir pas été effectivement en mesure d'obtenir un avortement en Irlande à raison du risque qui existait pour sa vie (§113). Suivant la Cour *«si l'article 8 ne saurait (...) s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement, l'interdiction de l'avortement pour motifs de santé et/ou de bien-être dont se plaignent les première et deuxième requérantes, et l'impossibilité dans laquelle la troisième requérante se serait trouvée de faire établir qu'elle remplissait les conditions pour avorter légalement en Irlande sont des questions qui relèvent du droit des intéressées au respect de leur vie privée, et donc de l'article 8»* (§214).

La Cour a relevé que l'impossibilité pour les première et deuxième requérantes de bénéficier d'une interruption de grossesse pour des motifs de santé et/ou de bien-être s'analysait en une ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée (§216). Elle a considéré que cette ingérence était prévue par la loi, dès lors que le cadre juridique irlandais permettait aux deux femmes de savoir qu'elles ne pourraient pas subir un avortement en Irlande et que, pour le surplus, elle poursuivait un objectif légitime étant la

⁽⁴⁵⁾ En doctrine : A. MORICEAU, «La Cour européenne des droits de l'homme et la garantie de l'avortement thérapeutique», *Rev. dr. intern. comp.*, 2007, pp. 596-51; dans la jurisprudence de la Cour : arrêt *Tysiack c. Pologne* du 20 mars 2007 (ineffectivité de l'accès à l'avortement thérapeutique : violation); arrêt de grande chambre *Vo c. France* du 8 juillet 2004 (avortement accidentel non qualifié homicide : non-violation); résolution *Brüggemann et Scheuten c. République fédérale d'Allemagne* du 17 mars 1978 (impossibilité d'avorter en cas de grossesse non désirée : non-violation).

protection de la morale «*dont la défense du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect en Irlande*» (§227). S'agissant de déterminer si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique, la Cour a relevé qu'il existait en Europe un consensus en faveur de l'autorisation de l'avortement pour des motifs plus larges que ceux prévus par le droit irlandais (§236). En sens inverse, la Cour a relevé qu'il n'existait pas de consensus européen sur le moment du début de la vie en sorte qu'il était impossible de répondre à la question de savoir si l'enfant à naître est une personne au sens de l'article 2 (§237). Dans ce contexte, la Cour a estimé que «*même si l'examen des législations nationales semble indiquer que la plupart des États contractants ont résolu le conflit entre les différents droits et intérêts en jeu dans le sens d'un élargissement des conditions d'accès à l'avortement, la Cour ne saurait considérer ce consensus comme un facteur décisif pour l'examen du point de savoir si l'interdiction de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être en Irlande a permis de ménager un juste équilibre entre les droits et intérêts en présence, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention*» (§237). Suivant la Cour il y avait donc lieu de reconnaître à l'Irlande une large marge d'appréciation et, eu égard à celle-ci et à la circonstance qu'il était loisible aux femmes irlandaises de se rendre en Angleterre pour y subir un avortement, l'interdiction de l'avortement pour des motifs de santé ou de bien-être **ne violait pas l'article 8** de la Convention (§§241-242).

S'agissant de la troisième requérante, la Cour a considéré qu'il lui revenait de déterminer s'il existait à charge de l'Irlande une obligation positive de mettre en place une procédure effective et accessible qui aurait permis à la requérante de savoir si elle avait ou non le droit de se faire avorter (§246). À cet égard, la Cour a relevé que «*le seul motif pour lequel une femme peut avorter sans enfreindre la loi en Irlande est libellé en des termes généraux : l'article 40.3.3, tel qu'interprété par la Cour suprême dans l'affaire X, prévoit qu'il est possible de subir un avortement en Irlande s'il est établi selon le critère de probabilité qu'il existe un risque réel et sérieux pour la vie (et pas seulement pour la santé) de la mère, y compris s'il s'agit d'un risque de suicide, qui ne peut être évité que par l'interruption de la grossesse*» (§253). Suivant la Cour, les directives professionnelles à l'usage des médecins ne procurent pas d'indications claires tandis qu'il n'existe pas de cadre susceptible de permettre le règlement d'un éventuel désaccord entre une femme et son médecin (§253). Dans ce contexte d'incertitudes, la loi pénale irlandaise constitue un élément de dissuasion important (§254). Dès lors, la Cour a estimé que «*ni le processus de consultation médicale ni les recours judiciaires invoqués par le Gouvernement ne constituaient des procédures effectives et accessibles propres à*

*permettre à la troisième requérante de faire établir l'existence, dans son cas, d'un droit à avorter en Irlande» (§263). Elle a conclu qu'à défaut pour l'Irlande d'avoir adopté des dispositions législatives ou réglementaires instituant une procédure accessible et effective dans le cadre de laquelle la troisième requérante aurait pu faire établir si elle pouvait ou non avorter sur le fondement de l'article 40.3.3 de la Constitution, **l'article 8 de la Convention avait été violé (§§267-268)** ⁽⁴⁶⁾.*

36. Dans l'arrêt *R.R. c. Pologne* rendu par la Cour le 26 mai 2011, la Cour a conclu à la violation des articles 3 et 8 de la Convention. En l'espèce, la requérante, enceinte, avait passé une échographie qui avait révélé un risque de dysfonctionnement génétique. Elle avait subséquemment cherché à pouvoir subir un test génétique qui constituait la seule manière de vérifier l'existence de ce dysfonctionnement. Cependant, la requérante, qui avait pourtant multiplié les démarches, n'avait pu finalement passer l'examen considéré que six semaines après l'échographie qui avait suscité son inquiétude. Il était alors trop tard pour prendre la décision d'avorter. La requérante avait mis au monde, le 11 juillet 2002, un enfant affecté du syndrome de Turner. Sur le terrain de l'article 3, la Cour a tout d'abord relevé que le test génétique sollicité par la requérante était la seule manière pour elle d'être fixée sur la santé du fœtus (§154). Elle a également relevé que l'inaccessibilité du test n'était liée en l'espèce à aucun manque de matériel, de compétence ou de moyens financiers (§155), mais à la procrastination des médecins et institutions auxquelles la requérante avait eu affaire (§§158-159). Selon la Cour, la requérante était particulièrement vulnérable et avait enduré de longues semaines d'incertitude relativement à la santé du fœtus, à la sienne et au futur de sa famille. Elle avait finalement eu confirmation du dysfonctionnement génétique alors que le délai légal pour avorter était dépassé (§159). Aux yeux de la Cour, ces éléments permettaient de conclure à l'existence dans le chef de la requérante de souffrances d'une intensité suffisante pour établir une violation de l'article 3 de la Convention (§§161-162). Au plan de l'article 8, la Cour a rappelé que la régulation de l'interruption volontaire de grossesse relevait de la vie privée garantie par l'article 8 au titre du droit à l'autonomie personnelle et du droit à l'intégrité physique et morale (§§180-181). La Cour a ensuite souligné que cette affaire *R.R.* s'inscrivait dans le même contexte que l'affaire *Tysiac*, mais s'en distinguait sur un point essentiel, dès lors que n'était pas en cause l'accès à l'avortement à

⁽⁴⁶⁾ Voy. les opinions concordantes des juges Lopez Guerra, Casadevall et Finlay Geoghean et l'opinion partiellement dissidente des juges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvela, Malinverni et Poalelungi.

proprement parler, mais bien la possibilité d'accéder en temps utile à un diagnostic médical qui permettrait d'envisager le cas échéant une interruption volontaire de grossesse (§§195-196). Suivant la Cour, l'affaire mettait en jeu le droit de la requérante d'accéder à des informations sur sa condition, lesquelles étaient nécessaires pour qu'elle puisse exercer effectivement son droit à l'autonomie personnelle (§197). Il n'y avait aucune explication objective au délai très long qui s'était écoulé avant que la requérante puisse bénéficier du test nécessaire. Ce retard paraissait imputable aux réticences de certains médecins et à une certaine confusion organisationnelle et administrative dans le système des soins de santé polonais (§198). La Cour a alors rappelé que nonobstant l'absence de droit à l'avortement, il y avait lieu, pour un pays qui prend le parti de permettre l'interruption volontaire de grossesse en cas de malformation du fœtus, de permettre la mise en œuvre effective de cette possibilité (§200). Suivant la Cour, les autorités polonaises avaient donc échoué à remplir les obligations positives découlant pour elles de l'article 8 de la Convention (§214)⁽⁴⁷⁾.

*C. — Le droit de devenir parent et le droit de décider
des modalités de l'accouchement*

37. Dans l'affaire *Ternovszky c. Hongrie* qui a donné lieu à un arrêt du 14 décembre 2010, la requérante se plaignait de ce que la réglementation hongroise décourageait les médecins d'accompagner des accouchements à domicile, alors même que la manière de donner naissance à un enfant relève du cœur de l'autodétermination et consécutivement de la vie privée⁽⁴⁸⁾. La Cour a tout d'abord considéré que le droit de décider de devenir un parent incluait le droit de choisir les modalités suivant lesquelles on le devient en manière telle que les circonstances de l'accouchement relèvent incontestablement du champ de l'article 8 de la Convention (§22). En conséquence, une législation décourageant les professionnels de la santé de procurer l'assistance nécessaire à un accouchement à domicile s'analyserait effectivement en ingérence dans le droit au respect de la vie privée de la mère (§22). Suivant les juges strasbourgeois, la législation hongroise comportait effectivement des ambiguïtés s'agissant des obligations des médecins dans le contexte de l'accouchement à domicile, tandis

⁽⁴⁷⁾ Voy. aussi les opinions partiellement dissidentes du juge Bratza, d'une part, et du juge De Gaetano, d'autre part. Le premier considère que seul l'article 8 a été violé, le second estime que seul l'article 3 est violé.

⁽⁴⁸⁾ «*an informed choice of the conditions of one's giving birth was a matter which belonged to the hard core of self-determination and as such, to that of private life, rather than to obstetrics alone*» (§19).

que le gouvernement a expressément reconnu qu'au moins une fois des poursuites avaient été engagées à l'encontre d'un professionnel de la santé qui avait participé à semblable accouchement (§26). Cette ambiguïté n'était pas acceptable dans un contexte où la réglementation considérée portait sur des choix relatifs à l'exercice du droit au respect de la vie privée (§§24 et 26). Il y avait donc eu une **violation de l'article 8 de la Convention** (§27)⁽⁴⁹⁾.

IV. — Statut conjugal et séparation conjugale

38. L'union conjugale occupe depuis longtemps une place de choix dans la jurisprudence de la Cour européenne. Un grand nombre de couples désirent se marier et lorsqu'ils ne le peuvent pas, pour des motifs structurels ou conjoncturels, ils invoquent au plan interne puis devant la Cour le droit de se marier prévu à l'article 12 de la Convention. À défaut de pouvoir – ou de vouloir – se marier, certains couples dénoncent, au titre de l'article 14 de la Convention, la situation matérielle moins favorable dans laquelle ils se trouvent. En outre, des individus qui vivent ensemble mais ne forment pas un couple dénoncent également la différence de traitement dont ils font l'objet par rapport aux couples, mariés ou pas.

⁽⁴⁹⁾ Suivant l'opinion concordante des juges Sajó et Tulkens, «*Private life includes a person's physical and psychological integrity, and the State is under a positive obligation to secure its citizens their right to effective respect for this integrity (Tysiąc v. Poland, no. 5410/03, § 107, ECHR 2007-IV). Its positive obligations may involve the adoption of measures designed to ensure respect for private life (see Kroon and Others v. the Netherlands, 27 October 1994, § 31, Series A no. 297-C; and Mikulić v. Croatia, no. 53176/99, § 57, ECHR 2002-I). Such measures include both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals' rights and the implementation, where appropriate, of specific measures. As the judgment underlines, the regulatory protection required in the present case means that the State is to provide adequate legal security which is needed for the exercise of a freedom. This cannot be equated with liberalising home birth as such. The latter decision is obviously a matter of balancing in view of available (currently disputed) medical knowledge, the health of the mother and the child, the structure of health care services, etc. This is a matter where the State has a broad margin of appreciation, where the concerns of paragraph 2 of Article 8 apply, and where the burden on the mother's right to choose shall be limited only proportionally*». Le juge dissident Popović pointe quant à lui que «*The applicant in this case complained of the lack of secondary legislation on home birth. In this respect, I maintain my position expressed in the dissenting opinion in the case of L. v. Lithuania : a lack of secondary legislation does not impede the realisation of a right provided for by the primary legislation, as long as the latter remains permissive (see L. v. Lithuania, no. 27527/03, ECHR 2007-X). It is to be underlined that the applicant's task consisted of proposing a new piece of legislation to be adopted in her country. Such a task is undoubtedly noble, but at the same time overwhelmingly political*».

A. — *Le droit de se marier, le droit à la vie familiale des époux et le droit de divorcer* ⁽⁵⁰⁾

39. L'article 12 de la Convention consacre le droit pour l'homme et la femme de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. Sur le fondement de cette disposition, la Cour a pu développer une jurisprudence relative aux limitations nationales permises au droit de se marier. Suivant celle-ci, et depuis l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, les limitations imposées par les législateurs nationaux ne peuvent affecter la substance même du droit de se marier. La Cour a également pu mettre en évidence que le droit de se marier n'était pas conditionné par la possibilité de fonder une famille (*I et Christine Goodwin c. Royaume-Uni*) et qu'il n'induisait pas celui de divorcer (*Johnston et autres c. Irlande*) ⁽⁵¹⁾. Durant la période recensée, elle a pu revenir sur les questions sensibles posées par le mariage des détenus et des étrangers. Elle a également pu répondre de manière directe à la question d'un éventuel droit au mariage tiré de l'article 12 au profit des partenaires d'un couple homosexuel et confirmer l'absence d'un droit au divorce dans la Convention. Enfin, dans une décision sur la recevabilité rendue le 6 janvier 2011 dans une affaire *Lashin c. Russie*, la Cour a considéré recevable le grief articulé sur le fondement de l'article 12 par un homme sous statut d'incapacité en raison de l'impossibilité dans laquelle il se trouvait de contracter mariage avec sa fiancée.

1. *L'absence de droit de se marier pour le couple homosexuel* ⁽⁵²⁾

40. Les juges strasbourgeois refusent à ce stade de trouver dans le texte de l'article 12 de la Convention la consécration d'un droit au mariage

⁽⁵⁰⁾ Arrêt *B. et L. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2005 (empêchement à mariage entre un ex-beau-père et son ex-bru : violation); arrêt de grande chambre *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 (refus du mariage conforme au nouveau sexe : violation); arrêt de grande chambre *I. c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 (refus du mariage conforme au nouveau sexe : violation); arrêt *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987 (séance plénière) (interdiction temporaire de remariage : violation); arrêt *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986 (séance plénière) (absence de dispositions permettant le divorce : non-violation); arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986 (séance plénière) (impossibilité du mariage conforme au nouveau sexe : non-violation); décision *Janis Khan c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1986 (âge nubile : non-violation); décision *X. c. Royaume-Uni* du 22 juillet 1970 (interdiction de la bigamie : non-violation).

⁽⁵¹⁾ J.-P. MARGUÉNAUD, «La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme», in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUECHAVY), coll. Droit et Justice, n° 78, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, p. 18.

⁽⁵²⁾ En doctrine : M. LEVINET, «Couple et vie familiale», in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll.

pour les couples de même sexe. Une certaine ambiguïté régnait certes dans le contexte postérieur aux arrêts de grande chambre *I.* et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* qui soulignaient expressément qu'il existait dans la Charte européenne des droits fondamentaux un article 9 consacrant le droit de se marier et dans lequel on avait supprimé toute référence au sexe, mais la Cour a pu ultérieurement dans ses décisions *R. et F. et Parry c. Royaume-Uni* du 28 novembre 2006 dénier aux personnes transsexuelles le droit de rester marier à leur conjoint nonobstant la conversion sexuelle dès lors que la reconnaissance de cette possibilité aurait constitué la reconnaissance d'un droit au mariage entre personne de même sexe – fût-ce au profit d'un nombre restreint de personnes – absent de l'article 12⁽⁵³⁾.

41. La question du mariage homosexuel se posait plus directement dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*⁽⁵⁴⁾ qui a donné lieu à un arrêt du 24 juin 2010. La Cour a ainsi été amenée à statuer sur la requête individuelle introduite par deux hommes formant un couple homosexuel qui faisaient valoir que l'impossibilité pour eux de se marier constituait une

Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002; J.-P. MARGUÉNAUD, «La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, pp. 15-27; C. NEIRINCK, «Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels», in *Le droit à une vie familiale* (dir. J.-J. LEMOULAN et M. LUBY), coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2007, pp. 61-76; dans la jurisprudence de la Cour : décision *M.W. c. Royaume-Uni* du 23 juin 2009 (absence de pension de survie entre compagnon de même sexes : manifestement mal fondé); décision *Courten c. Royaume-Uni* du 4 novembre 2008 (absence d'exemption de droits de succession entre compagnon de même sexe : manifestement mal fondé); arrêt de grande chambre *E.B. c. France* du 22 janvier 2008 (refus d'agrément à l'adoption par une célibataire homosexuelle : violation); arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003 (limitation du droit à la transmission d'un bail aux couples hétérosexuels : violation); arrêt de grande chambre *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 (refus du mariage conforme au nouveau sexe : violation); arrêt de grande chambre *I. c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 (refus du mariage conforme au nouveau sexe : violation); arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002 (refus d'agrément à l'adoption par un célibataire homosexuel : non-violation); décision *Mata Estevez c. Espagne* du 10 mai 2001 (refus de la pension de survivant au compagnon homosexuel : manifestement mal fondé); arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999 (attribution de l'autorité parentale à la mère sur le fondement de l'homosexualité du père : violation); arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999 (révocation de militaires en raison de leur orientation sexuelle : violation); arrêt *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999 (révocation de militaires en raison de leur orientation sexuelle : violation); arrêt *Modinos c. Chypre* du 22 avril 1993 (interdiction des actes homosexuels : violation); arrêt *Norris c. Irlande* du 6 octobre 1988 (séance plénière) (poursuites pénales pour comportement homosexuel : violation); arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986 (séance plénière) (impossibilité du mariage conforme au nouveau sexe : non-violation); arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981 (séance plénière) (poursuites pénales pour comportement homosexuel : violation).

⁽⁵³⁾ J.-P. MARGUÉNAUD, «La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, pp. 24-26.

⁽⁵⁴⁾ À propos de cette décision : A. TIMMER, «Genderstereotypen en het EHRM», in *Recht en gender in België* (dir. E. BREMS et L. STEVENS), Bruges, Die Keure, 2011, pp. 219-236.

violation de l'article 12 de la Convention (§39). Pour le surplus ils prétendaient être victimes d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dès lors qu'ils n'avaient pas le droit de se marier ni, avant l'entrée en vigueur du *Registered Partnership Act*, la possibilité de voir leur relation reconnue par la loi (§65).

S'agissant de l'existence du droit au mariage des couples de même sexe, la Cour a d'emblée admis que la lettre de l'article 12 de la Convention considérée isolément n'excluait pas, en soi, le mariage entre deux hommes ou deux femmes. Cependant, elle a aussitôt rappelé qu'il fallait avoir égard, d'une part, à la circonstance que la disposition considérée est la seule disposition substantielle de la Convention qui utilise les termes «homme» et «femme» plutôt que «personne» (ou, négativement, «nul») et, d'autre part, au contexte d'élaboration de la Convention dans le cadre duquel le mariage se comprenait clairement comme l'union d'un homme et d'une femme (§55). Les requérants s'appuyaient de leur côté essentiellement sur l'idée que la Convention est un instrument vivant et que, dans les conditions d'aujourd'hui, l'article 12 devrait être lu comme induisant le droit pour les couples homosexuels de se marier (§57). La Cour n'a pas rallié leur point de vue pour trois raisons. Selon elle, il n'existe tout d'abord pas de consensus européen sur la question du mariage des couples de même sexe dès lors que, sur quarante-sept États membres, seuls six permettent ce type d'union. Ensuite, l'article 9 de la Charte européenne des droits fondamentaux, au sein duquel l'on a à dessein supprimé la référence au sexe, contient lui-même une référence au droit national en manière telle que, même dans le cadre de cette disposition plus récente, le choix de permettre ou non les unions homosexuelles était laissé aux États. Enfin, la Cour a relevé que le mariage avait des connotations sociale et culturelle profondément enracinées qui peuvent différer largement d'une société à l'autre (§§58-62). La Cour a encore expressément rappelé qu'il ne lui revenait pas de se précipiter pour substituer son jugement à celui des autorités nationales qui sont les mieux placées pour évaluer les besoins sociaux et y répondre (§62) avant de conclure que **l'article 12 n'imposait pas aux États d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe et n'avait donc pas été violé par l'Autriche** (§63).

S'agissant du double grief de discrimination articulé par les requérants, la Cour a rappelé que le lien unissant deux partenaires d'un couple homosexuel relevait indubitablement de la vie privée, mais elle s'est également posé la question de savoir si pareille relation relevait au surplus de la vie familiale (§90). Elle a constaté que depuis ses dernières décisions en la matière, une évolution rapide des attitudes sociales à l'égard des couples de même sexe était intervenue dans de nombreux États membres, tandis que des dispositions du droit de l'Union européenne (l'article 9 de

la Charte) traduisaient une tendance croissante à inclure les couples de même sexe dans la notion de famille (§93). Dans ce contexte, la Cour a estimé qu'il serait artificiel de maintenir le couple de même sexe en dehors du champ de la vie familiale (§94). Après avoir ainsi considéré **l'article 8 applicable, au titre de la vie familiale, au couple homosexuel** stable formé par les requérants, la Cour s'est livrée à l'examen spécifique de la différence de traitement prétendue discriminatoire par les requérants.

Au plan de l'accès au mariage, elle a d'emblée renvoyé à ses conclusions dans le cadre de l'examen du grief articulé sur pied de l'article 12 de la Convention : selon la Cour, à défaut d'avoir trouvé un droit au mariage pour les couples de même sexe dans l'article 12 de la Convention, elle ne pouvait pas non plus en détecter la présence dans la conjonction des articles 8 et 14 dès lors que les articles considérés doivent être lus «*en harmonie les uns avec les autres*» (§101).

En ce qui concerne le grief lié à l'absence d'un autre mode de reconnaissance par le droit de leur couple, la Cour a commencé par souligner que depuis 2010, il était possible aux couples homosexuels autrichiens de s'inscrire dans un *registered partnership*. La question était alors celle de savoir si l'Autriche aurait dû organiser un statut alternatif plus tôt qu'elle l'a fait (§104). À cet égard, la Cour a relevé l'émergence et le développement rapide d'un consensus européen en faveur de la reconnaissance légale des couples de même sexe au cours des dix dernières années. En sens inverse, elle a constaté que nonobstant cette évolution, les États membres organisant un statut légal pour les couples homosexuels n'étaient pas encore majoritaires au sein du Conseil de l'Europe. En conséquence, il y a lieu de considérer cette question comme «*one of evolving rights with no established consensus*» (§105). Elle a donc conclu que la mise en œuvre d'un *partnership* en 2010 s'inscrivait dans l'émergence d'un consensus européen en la matière et que si l'Autriche ne faisait pas partie de l'avant-garde, **il ne pouvait lui être reproché d'avoir violé la Convention en n'organisant pas de statut plus tôt** (§106).

Restait à déterminer si, depuis l'entrée en vigueur du *Registered Partnership Act* le 1^{er} janvier 2010, les couples homosexuels autrichiens étaient victimes d'une discrimination par rapport aux couples hétérosexuels auxquels l'institution du mariage reste réservée. En effet, d'après les requérants, si un État choisit de proposer aux couples de même sexe un mode alternatif de reconnaissance, il est obligé de leur conférer un statut qui, bien que portant un nom différent, soit équivalent au mariage sur tous les plans (§§107 et 108). La Cour a à cet égard relevé que le partenariat autrichien était semblable au mariage sur de nombreux terrains et que le maintien de différences légères correspondait à la tendance observée dans

les autres États membres. Elle a donc estimé pouvoir conclure, sans examiner chacune de ces différences, que **l'Autriche n'avait pas dépassé la marge de manœuvre qui doit lui être reconnue dans le choix des droits et obligations associés au partenariat (§§109 et 110)**⁽⁵⁵⁾.

2. Les limitations acceptables au droit au mariage des détenus⁽⁵⁶⁾

42. La condition de détenu n'est pas *en soi* susceptible de justifier une exception au droit de se marier et de fonder une famille contenu dans l'article 12 de la Convention. L'ancienne Commission l'a affirmé il y a déjà longtemps dans le cadre de ses rapports *Hamer c. Royaume-Uni* du 13 décembre 1979 et *Draper c. Royaume-Uni* du 10 juillet 1980⁽⁵⁷⁾. Dans son arrêt *Messina c. Italie* du 28 septembre 2000, la nouvelle Cour a souligné que «*toute détention régulière au regard de l'article 5 de la Convention entraîne par nature une restriction à la vie privée et familiale de l'intéressé*», mais qu'il «*est cependant essentiel au respect de la vie familiale*

⁽⁵⁵⁾ Les juges Rozakis, Spielmann et Jebens ont émis une opinion conjointe et dissidente suivant laquelle : «*Having identified a "relevantly similar situation" (paragraph 99), and emphasised that "differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification" (paragraph 97), the Court should have found a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention because the respondent Government did not advance any argument to justify the difference of treatment, relying in this connection mainly on their margin of appreciation (paragraph 80). However, in the absence of any cogent reasons offered by the respondent Government to justify the difference of treatment, there should be no room to apply the margin of appreciation. Consequently, the "existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States" (paragraph 98) is irrelevant as such considerations are only a subordinate basis for the application of the concept of the margin of appreciation. Indeed, it is only in the event that the national authorities offer grounds for justification that the Court can be satisfied, taking into account the presence or the absence of a common approach, that they are better placed than it is to deal effectively with the matter*».

⁽⁵⁶⁾ En doctrine : J.-P. CÉRÉ, «Le droit à une vie familiale pour les détenus», in *Le droit à une vie familiale* (dir. J.-J. LEMOULAN et M. LUBY), coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2007, pp. 17-25; M. HERZOG-EVANS, «Droit civil commun, droit européen et incarcération», in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 241-285; F. TULKENS, «Droits de l'homme et prison. Jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme», in *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus* (dir. O. DE SCHUTTER et D. KAMINSKI), coll. La pensée juridique, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 2002, pp. 249-285; dans la jurisprudence de la Cour : arrêt de grande chambre *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007 (refus à un détenu de l'accès à la PMA : violation); arrêt *Aliiev c. Ukraine* du 29 avril 2003 (refus de visites à visée procréatives : non-violation); arrêt *Messina c. Italie* du 28 septembre 2000 (régime de détention spécial et limitations aux visites familiales : non-violation); rapport *Draper c. Royaume-Uni* du 10 juillet 1980 (obligation d'attendre une lointaine libération conditionnelle pour se marier : violation); rapport *Hamer c. Royaume-Uni* du 13 décembre 1979 (incarcération considérée comme empêchement à mariage : violation).

⁽⁵⁷⁾ J.-P. CÉRÉ, «Le droit à une vie familiale pour les détenus», *op. cit.*, p. 18.

que l'administration pénitentiaire aide le détenu à maintenir un contact avec sa famille proche». Le détenu ne perd ni le droit à la vie familiale consacré à l'article 8, ni le droit de se marier et de fonder une famille visé à l'article 12. Certes, ces droits sont susceptibles d'être limités et encadrés, mais ils ne peuvent l'être par principe, au seul motif de l'incarcération⁽⁵⁸⁾. Dans son arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* du 6 octobre 2005, la grande chambre a précisé que toute restriction aux droits protégés par la Convention doit être justifiée, par exemple, «au regard des considérations de sécurité, notamment la prévention du crime et la défense de l'ordre, qui découlent inévitablement des circonstances de l'emprisonnement» (§69). Dans son arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007, cette même grande chambre a signalé que «si l'incapacité de concevoir des enfants peut être une conséquence de la détention, elle n'est pas inévitable puisque nul ne prétend que le fait d'accueillir la demande d'insémination artificielle impliquerait une charge importante en matière de sécurité ou sur les plans administratif ou financier pour l'État» (§74).

43. Dans deux arrêts du 5 janvier 2010, la Cour a été amenée à examiner des situations dans lesquelles des prisonniers polonais s'étaient vu dénier la possibilité de se marier. Dans les deux cas, conformément à sa jurisprudence, elle s'est interrogée sur les raisons – distinctes de l'incarcération – qui avaient motivé les autorités. Dans l'arrêt *Frasik c. Pologne*, la justification avancée par les autorités était que le mariage considéré empêcherait la compagne en question de témoigner dans le procès pénal dans l'attente duquel le requérant était emprisonné. Car la future épouse potentielle était aussi la victime présumée des faits de viol et de menace pour lesquels le requérant était poursuivi. La Cour a rappelé sa jurisprudence relative à l'article 12 (§§88 à 91). Elle a souligné que les détenus continuaient à jouir du droit au respect de la vie privée et familiale et que toute restriction devait être justifiée le cas échéant par des raisons de sécurité (§92). Il n'est pas question qu'un détenu ne puisse pas exercer le droit qu'il tire de l'article 12 de la Convention simplement en raison de son statut (§93). En l'espèce, la Cour a relevé que la seule raison invoquée par le gouvernement pour se justifier était la volonté d'éviter qu'en épousant le requérant sa compagne perde le droit de témoigner contre lui (§96). La Cour a souligné que le choix d'un partenaire et la décision de se marier étaient éminemment personnels. Elle a admis que la prison n'était pas un endroit adéquat pour un mariage (§95), mais pour relever aussitôt que l'union envisagée ne contrevenait à aucune règle du droit polonais et que

⁽⁵⁸⁾ M. HERZOG-EVANS, «Droit civil commun, droit européen et incarcération», *op. cit.*, pp. 241-242.

si le requérant n'avait pas été détenu, il n'y aurait eu aucun moyen de l'empêcher de se marier avec sa compagne (§96). Il y avait donc eu **une violation de l'article 12** de la Convention (§100). En outre, dès lors que le requérant n'avait aucun moyen de mettre en cause au plan national l'attitude des autorités polonaises, la Cour a également relevé une violation de l'article 13 de la Convention (§104)⁽⁵⁹⁾. Dans l'affaire *Jaremwicz c. Pologne*, la Cour a considéré insatisfaisante la justification des autorités polonaises fondée sur la circonstance que le requérant et la femme avec laquelle il souhaitait se marier s'étaient rencontrés à un moment où ils étaient l'un et l'autre détenus et avaient noué une relation en communiquant suivant des procédés interdits au sein de la prison (§56). La Cour a considéré ces motifs illégitimes pour les raisons développées ci-dessus relativement à l'affaire *Frasik*. Elle a rappelé que les justifications que les autorités peuvent légitimement avancer dans ce type d'affaires sont celles liées à la sécurité et à la prévention du désordre, à l'exclusion des considérations subjectives relatives à la qualité du lien qu'on se propose de consacrer par le mariage (§§57-58).

3. Les limitations acceptables au mariage des étrangers et le droit à la vie familiale des époux étrangers⁽⁶⁰⁾

44. Le mariage des étrangers en situation irrégulière est souvent frappé de suspicion. Dans certains cas, le mariage considéré n'a d'autre objet que l'obtention d'avantages en matière de séjour. Cela peut justifier une attention plus marquée des autorités nationales, comme l'a admis l'ancienne Commission dans ses décisions *Klip et Krüger c. Pays-Bas* du 3 décembre 1997 et *Sanders c. France* du 16 octobre 1996. Toutefois, suivant la jurisprudence de la Cour, les limitations éventuellement induites au droit de se marier des étrangers doivent alors être liées directement à

⁽⁵⁹⁾ Il faut relever que la Cour Suprême polonaise avait déjà constaté la violation de la Convention sans que ce constat soit de nature à préjudicier au statut de victime du requérant.

⁽⁶⁰⁾ En doctrine : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, «Le maintien du lien familial des étrangers», in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002, pp. 211-239; J.-P. MARGUÉNAUD, «Le droit à une vie familiale pour les étrangers», in *Le droit à une vie familiale* (dir. J.-J. LEMOULAN et M. LUBY), coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2007, pp. 27-36; dans la jurisprudence de la Cour : arrêt *Boultif c. Suisse* du 2 août 2001 (non-renouvellement d'un permis de séjour pour cause de vol : violation); décision *Klip et Krüger c. Pays-Bas* du 3 décembre 1997 (enquête sur les raisons du mariage entre un ressortissant néerlandais et une ressortissante allemande : manifestement mal fondé); décision *Hassen Slimani c. France* du 9 avril 1997 (perte de l'autorisation de résider suite à l'annulation du mariage : irrecevable); décision *Sanders c. France* du 16 octobre 1996 (délai de délivrance du certificat de capacité à mariage par le consulat de France en Turquie : manifestement mal fondé).

cette nécessité de prévenir les mariages de complaisance. Lorsqu'un mariage préexiste, la question devient celle de la portée des exigences induites par le respect dû à la vie familiale des époux étrangers. Elle se pose, notamment, face aux demandes de regroupement familial ou dans les situations où l'expulsion d'un étranger est envisagée⁽⁶¹⁾. De manière plus originale, la Cour a été conduite, durant la période recensée, à prendre position sur les limitations induites pour la vie familiale d'époux étrangers par les nécessités liées à la gestion administrative des flux d'étrangers.

45. Dans l'affaire *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni* qui a donné lieu à un arrêt du 14 décembre 2010, les requérants étaient un demandeur d'asile nigérian et sa compagne bénéficiant de la double nationalité irlandaise et britannique. Ils avaient formé en 2007 le souhait de se marier en Angleterre et devaient, dans cette perspective, obtenir un *certificate of approval* délivré par les autorités. Les conditions d'obtention de ce certificat avaient fait l'objet de trois réglementations successives. Dans le cadre d'une *première réglementation*, le certificat était systématiquement refusé si le demandeur ne disposait pas d'un permis de séjour d'une durée suffisante. Dans le cadre d'une *deuxième réglementation*, l'administration pouvait réclamer des informations supplémentaires sur le projet de mariage à défaut d'un permis de séjour d'une durée suffisante. Dans la *troisième version* de la réglementation pertinente, une personne qui n'avait aucun permis de séjour pouvait obtenir un *certificate of approval* dans les mêmes conditions qu'une personne dont le permis de séjour ne couvrait pas une durée suffisante. En tout état de cause, il y avait lieu de payer des frais administratifs de l'ordre de 295 £. Les requérants avaient formé le souhait de se marier alors que la deuxième réglementation était en vigueur. Dans la mesure où le requérant ne disposait d'aucun permis de séjour quelconque, il n'était pas susceptible d'obtenir le certificat. Il ne s'était trouvé en mesure de solliciter le document considéré que lors de l'entrée en vigueur de la troisième version de la réglementation pertinente et avait alors achoppé sur l'importance de la somme à réunir pour couvrir les frais. Suivant les requérants, les exigences posées par la réglementation britannique induisaient une violation de l'article 12 de la Convention. La Cour a rappelé que dans le contexte de la réglementation sur l'immigration, un État pouvait prendre des mesures pour prévenir les mariages de complaisance conclus seulement pour l'obtention d'un avantage en matière d'immigration (§83). Elle a relevé qu'en l'occurrence le requérant avait été

⁽⁶¹⁾ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, «Le maintien du lien familial des étrangers», *op. cit.*, pp. 226-233; J.-P. MARGUÉNAUD, «Le droit à une vie familiale pour les étrangers», *op. cit.*, p. 30.

empêché de se marier dans un premier temps parce qu'il n'avait pas de permis de séjour et ensuite parce qu'il n'était pas en mesure de payer les frais réclamés (§86). La Cour a souligné, d'une part, que l'obtention du *certificate of approval* n'était pas liée uniquement à la sincérité du mariage envisagé et que la considération principale était en réalité la situation de séjour des demandeurs (§§88-89). Elle a relevé, d'autre part, qu'en tout état de cause, l'obtention du certificat était par ailleurs suspendue au paiement de frais importants qu'un demandeur dans le besoin n'était pas à même d'assumer (§90). Au regard de ces différents éléments, la Cour a considéré que **l'essence même du droit de se marier du requérant avait été atteinte** (§91). Elle a également considéré les articles 12 et 14 combinés et 9 et 14 combinés de la Convention violés.

46. Dans ses arrêts *Mengesha Kimfe c. Suisse* et *Agraw c. Suisse* du 29 juillet 2010, la Cour a **condamné** la Suisse pour l'absence de possibilité dans sa réglementation relative à l'asile de soumettre à un même canton les demandes émanant d'étrangers mariés. Dans les deux affaires considérées, les requérantes, éthiopiennes, s'étaient trouvées durant plusieurs années empêchées de vivre avec leur maris qui avaient été attribués par l'administration suisse à d'autres cantons. Suivant la Cour, «*la vie de couple constitue, pour des conjoints, l'un des attributs essentiels du droit au respect de la vie familiale*» (*Mengesha Kimfe*, §62 et *Agraw*, §45), et l'impossibilité litigieuse, qui pouvait, certes, s'expliquer par le souhait de répartir équitablement les demandeurs d'asile entre les cantons (*Mengesha Kimfe*, §67 et *Agraw*, §50), n'était pas acceptable lorsqu'elle induisait, pour les personnes concernées, une séparation d'avec leur époux longue de plusieurs années (*Mengesha Kimfe*, §§70 et 71 et *Agraw*, §§53 et 54).

4. *L'absence de droit au divorce* ⁽⁶²⁾

47. La Cour a eu l'occasion durant la période recensée de passer sa jurisprudence déjà ancienne, suivant laquelle la Convention ne comprend pas de droit au divorce, au crible de la doctrine de l'instrument vivant.

⁽⁶²⁾ Arrêt *Aresti Charalambous c. Chypre* du 19 juillet 2007 (durée de la procédure en divorce : violation de l'article 6; non-fondement manifeste sur le terrain des articles 8 et 12); arrêt *Berlin c. Luxembourg* du 15 juillet 2003 (durée de la procédure en divorce : violation de l'article 6; non-fondement manifeste sur le terrain des articles 8 et 12); arrêt *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987 (séance plénière) (interdiction temporaire de remariage : violation); arrêt *Bock c. Allemagne* du 29 mars 1989 (durée de la procédure en divorce : violation de l'article 6; non-fondement manifeste sur le terrain des articles 8 et 12); arrêt *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1985 (séance plénière) (absence de dispositions permettant le divorce : non-violation).

48. Dans l'affaire *Ivanov et Petrova c. Bulgarie* qui a donné lieu à un arrêt du 14 juin 2011, le requérant se plaignait de ce que sa demande en divorce avait été rejetée par les juridictions nationales malgré la longue séparation des époux et la circonstance que le requérant avait eu au cours de celle-ci un enfant avec une autre femme avec qui il vivait d'ailleurs conjugalement. À son estime, le rejet de sa demande en divorce contrevenait notamment aux prescriptions contenues dans les articles 8 et 12 de la Convention dès lors qu'il avait établi une vie familiale *de facto* avec sa nouvelle compagne et leur enfant commun et qu'il se trouvait empêché de se marier avec celle-ci à raison du maintien indu du lien matrimonial avec son épouse. La Cour s'est référée à son arrêt *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986, suivant lequel la Convention ne pouvait s'interpréter comme garantissant le droit de divorcer (§61). Elle a toutefois immédiatement rappelé que la Convention était un instrument vivant et que dans un certain nombre de décisions plus récentes elle avait considéré que la durée excessive d'une procédure en divorce pouvait poser problème sous l'angle de l'article 8 (voy. l'arrêt *Aresti Charalambous c. Chypre* du 19 juillet 2007). Dans ce contexte, elle a considéré qu'il n'était pas exclu que pose pareillement problème la situation dans laquelle, malgré l'altération irrémédiable du lien conjugal, l'opposition de l'époux non fautif était un obstacle absolu au prononcé du divorce (§61). Cependant, suivant la Cour, en l'espèce, les juridictions internes n'avaient pas fondé leur refus sur l'opposition de l'épouse, mais bien sur l'absence d'altération profonde du lien conjugal (§62). Dans ce contexte, elle a considéré que «*si (l)es dispositions de la Convention ne peuvent être interprétées de manière à garantir l'existence d'un droit au divorce au profit des particuliers, elles ne sauraient, a fortiori, garantir l'exercice d'un tel droit et encore moins une issue favorable de la procédure de divorce pour tel ou tel époux*» avant de conclure à l'irrecevabilité de la requête sur le terrain des articles 8 et 12 de la Convention (§§64-66)⁽⁶³⁾.

B. — *Les différences de traitement fondées
sur le statut conjugal*⁽⁶⁴⁾

49. Si la Cour admet expressément, comme on l'a vu, la diversité des formations conjugales susceptibles de fonder une vie familiale protégée

⁽⁶³⁾ Voy. aussi la décision d'irrecevabilité rendue le 24 mai 2011 par la Cour dans une affaire *Bacuzzi c. Italie* s'agissant du délai de trois ans de séparation qui doit précéder la demande en divorce en droit italien.

⁽⁶⁴⁾ A. GOUTTENOIRE, in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et M. LEVINET, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^e éd. Paris, PUF, 2011, pp. 585-587.

par l'article 8 de la Convention, cette reconnaissance n'induit pas, en tant que telle, de droit à une égalité substantielle complète. Ainsi, la Cour a édifié une jurisprudence fournie relative aux différences de traitement dénoncées relativement aux différents avantages de nature économique qui peuvent être consentis en raison de l'existence d'une communauté de vie (transmission du droit au bail, extension d'une couverture assurantielle, pension de réversion, exemptions fiscales). Ce sont généralement les partenaires de couples non mariés⁽⁶⁵⁾ ou les partenaires de couples de même sexe⁽⁶⁶⁾ qui mettent en cause des solutions nationales qu'ils considèrent discriminatoires. Dans un arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003, la Cour avait considéré discriminatoire la situation dans laquelle le partenaire homosexuel survivant était privé de la transmission du droit au bail de son compagnon décédé. Par contre, la Cour ne reconnaît pas de droit à une pension de réversion au partenaire survivant d'un couple non marié qu'il soit hétérosexuel (*Schackell c. Royaume-Uni*) ou homosexuel (*Mata Estevez c. Espagne*), quand bien même les partenaires se seraient engagés dans les liens d'un partenariat civil. Au plan des principes, la Cour accepte que l'engagement du mariage ou bien la conclusion d'un partenariat civil constituent des différences objectives susceptibles de justifier certaines différences de traitement. Rarement, un époux dénonce l'iniquité résultant de sa situation d'époux, comme dans l'affaire *Zubczewski c. Suède* traitée par la Cour durant la période recensée. De plus en plus souvent, par contre, à l'autre bout du spectre, des cohabitants qui ne forment pas un couple revendiquent un traitement identique à celui consenti aux cohabitations conjugales (voy. l'arrêt *Burden et Burden c. Royaume-Uni*)⁽⁶⁷⁾.

1. Mariage

50. Dans sa décision *Zubczewski c. Suède* du 12 janvier 2010, la Cour a traité la requête déposée par un ressortissant suédois qui se plaignait de ce que le montant de sa pension avait diminué après son mariage. Le requérant avait ainsi accédé à la retraite avant de se marier à l'âge de 63

⁽⁶⁵⁾ Décision *Schackell c. Royaume-Uni* du 27 avril 2000 (absence de pension de veuf pour le partenaire hétérosexuel non marié survivant : manifestement mal fondé).

⁽⁶⁶⁾ Décision *M. W. c. Royaume-Uni* du 23 juin 2009 (absence de pension de survie entre compagnon de même sexe : manifestement mal fondé); décision *Courten c. Royaume-Uni* du 4 novembre 2008 (absence d'exemption de droits de succession entre compagnons de même sexe : manifestement mal fondé); arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003 (limitation du droit à la transmission d'un bail aux couples hétérosexuels : violation); décision *Mata Estevez c. Espagne* du 10 mai 2001 (absence de pension de veuf pour le partenaire homosexuel non marié survivant : manifestement mal fondé).

⁽⁶⁷⁾ Arrêt de grande chambre *Burden et Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008 (droits de succession entre deux sœurs cohabitantes : non-violation).

ans. Après le mariage et en raison de ce changement de statut civil, l'administration des pensions suédoise avait réduit sa pension à concurrence de 50 EUR environ. La Cour a considéré que les articles 14 et 1P1 combinés de la Convention étaient applicables (§18). Elle a immédiatement précisé qu'il était en cause non pas une différence de traitement entre les couples mariés et les couples non mariés, mais bien une différence entre les personnes célibataires et les personnes mariées (§§20-21). Elle a relevé qu'il y avait lieu d'examiner s'il existait une justification objective et raisonnable à l'allocation d'une pension inférieure aux personnes mariées et rappelé que les États avaient *a priori* une marge de manœuvre ample en matière de mesures générales de stratégie économique et sociale (§19). Dans ce contexte, la Cour a conclu à l'**absence manifeste de fondement** dès lors qu'à son estime la différence de traitement incriminée s'appuyait sur l'idée générale suivant laquelle les coûts partagés sont moins élevés que les coûts assumés seul (§22). Même si le requérant alléguait qu'il faisait pour sa part exception à ce principe dès lors que sa femme était économiquement dépendante de lui, la Cour a considéré que la règle suédoise était acceptable au regard de la marge d'appréciation large à consentir aux États dans pareilles matières (§§22-23).

2. Communauté économique, mais pas affective et sexuelle

51. Dans son arrêt *Korelc c. Slovénie* du 12 mai 2009, la Cour a examiné la requête déposée par un homme qui se plaignait de ce qu'il n'avait pas pu bénéficier du droit au bail de l'homme plus âgé avec lequel il vivait lors du décès de celui-ci. Suivant le requérant, cet homme le considérait comme son fils. Les juridictions internes avaient jugé que la relation du requérant avec le défunt s'apparentait davantage à une «communauté économique» qu'à une «communauté de vie de longue durée». D'après le requérant, dès lors qu'il partageait la vie du défunt et prenait soin de lui économiquement et affectivement, il aurait dû pouvoir bénéficier du droit au bail. La Cour a d'emblée relevé que le requérant ne prétendait pas que sa relation avec son cohabitant était une relation homosexuelle et qu'il avait été discriminé sur le fondement de son orientation sexuelle. À cet égard, l'affaire se distinguait donc clairement de l'affaire *Karner c. Autriche* (§§87-88). La question était alors celle de savoir si la situation du requérant était suffisamment comparable à celle des personnes bénéficiant en droit autrichien de la transmission du droit au bail (§89). La Cour a rappelé son arrêt *Burden c. Royaume-Uni* dans le cadre duquel elle avait pu souligner que les conséquences du mariage ou du partenariat civil que les couples pouvaient choisir d'assumer distinguaient ce type de relations des autres formes de cohabitation et que

distinguer entre diverses formes de cohabitation n'était dès lors pas nécessairement discriminatoire au sens de la Convention (§90). Dans ce contexte, la Cour a considéré que la relation entre le requérant et son cohabitant défunt n'était comparable ni au mariage ni à une relation conjugale hors mariage (§91). La Cour a alors relevé que le droit slovène permettait aux membres de la famille proche de bénéficier du droit au bail du *de cujus*. Mais, une nouvelle fois, elle a considéré que la relation entre le requérant et l'homme avec qui il vivait ne pouvait être assimilée aux liens familiaux et notamment au lien de filiation (§92). Elle a donc conclu que sur le terrain des articles 8 et 14 combinés, **la requête était manifestement mal fondée** (§95).

3. Cohabitation homosexuelle de facto

52. Dans l'affaire *Kozak c. Pologne* du 2 mars 2010, la Cour a traité la requête d'un homme privé du droit au bail au décès de son partenaire homosexuel, dès lors que sa relation avec le défunt n'avait pas été reconnue par les juridictions internes comme une «cohabitation maritale *de facto*» au sens de la réglementation pertinente. Au plan de l'applicabilité des articles 8 et 14 de la Convention, la Cour a considéré que l'orientation sexuelle était l'un des aspects les plus intimes de la vie privée d'un individu et qu'en outre la situation était également liée au droit au domicile protégé par l'article 8. Sur le fond, la Cour a d'emblée mis en évidence qu'en l'espèce c'était bien la nature homosexuelle de la relation du requérant et du défunt qui avait induit la décision des juridictions polonaises de refuser au premier le droit au bail au décès du second (§§96-97). Elle s'est ensuite interrogée sur l'existence d'une justification objective et raisonnable de la différence de traitement litigieuse. Des décisions rendues par les juridictions internes, il ressortait que l'objectif principalement poursuivi était la protection de la famille fondée sur «*l'union d'un homme et d'une femme*» (§98). Suivant la Cour, la protection de la famille traditionnelle est une raison légitime et forte susceptible de justifier une différence de traitement. Cependant, la Convention est un instrument vivant à lire à la lumière des conditions d'aujourd'hui (§98). La Cour a admis que réaliser un équilibre entre la protection de la famille traditionnelle et les droits conventionnels des minorités sexuelles est par nature un exercice périlleux, cependant, à son estime, l'exclusion pure et simple du partenaire homosexuel du bénéfice du droit au bail de son compagnon défunt ne peut être considérée comme nécessaire pour la protection de la famille traditionnelle. **La Convention avait donc été violée** (§99).

53. Dans son arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche* du 22 juillet 2010, la Cour a été amenée à se prononcer sur le recours articulé par deux hommes homosexuels vivant ensemble dans le cadre d'une relation stable et qui avaient sollicité sans succès des autorités autrichiennes que l'assurance maladie et accident de l'un puisse couvrir également l'autre, comme cela était possible au sein d'un couple hétérosexuel. La Cour constitutionnelle autrichienne avait validé l'attitude de l'autorité compétente en considérant qu'à l'époque des faits, soit en 1997, la marge nationale d'appréciation était particulièrement large (§12). S'agissant de l'applicabilité des articles 8 et 14 combinés de la Convention, la Cour a relevé qu'il n'était pas contesté en l'espèce que la relation existant entre les deux requérants relevait de la vie privée protégée par la Convention, mais a tout de même souhaité examiner la question de savoir si cette même relation constituait une vie familiale au sens de l'article 8 (§26). À cet égard, la Cour s'est penchée sur sa position traditionnelle suivant laquelle la relation sentimentale et sexuelle entre les partenaires d'un couple homosexuel relevait de la vie privée, mais par contre pas de la vie familiale (§28). Elle a considéré qu'au regard de «*l'évolution rapide des attitudes sociales*» à l'œuvre dans les États membres (§29), il était artificiel de continuer à considérer que le couple homosexuel, à la différence du couple hétérosexuel, ne relèverait pas de la vie familiale (§30). La Cour a donc conclu, au plan de l'applicabilité de la Convention, que le couple homosexuel stable, comme le couple hétérosexuel, relevait de la vie familiale. Elle a par ailleurs relevé que la possibilité d'étendre à son partenaire sa couverture assurantielle avait vocation à améliorer la situation privée et familiale de l'assuré et relevait dès lors à cet égard également de l'article 8 de la Convention (§33). Dans ce contexte, un État qui est allé au-delà de ses obligations conventionnelles en prévoyant des extensions de couverture assurantielle au partenaire, ne peut allouer le bénéfice de cette extension d'une manière discriminatoire au sens de la Convention (§§34-35). Sur le fond, la Cour a observé que la réglementation autrichienne avait été amendée le 1^{er} juillet 2007 et que la référence au genre avait été supprimée (§37). Pour la période antérieure à cette modification, la Cour a considéré que le droit autrichien contenait une distinction discriminatoire (§§42 et 44). La Cour s'est référée à son arrêt *Karner c. Autriche* pour rappeler que face à une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, il n'y a pas seulement lieu de déterminer si la mesure litigieuse est adéquate pour poursuivre un but légitime, mais il doit également être démontré que l'exclusion de certaines catégories de personnes est nécessaire pour réaliser l'objectif considéré (§42). Or, les juridictions internes avaient

seulement cherché à justifier la différence considérée en soulignant que les personnes de même sexe vivant ensemble n'étaient pas nécessairement des couples (§40). Le gouvernement défendeur n'avait quant à lui avancé aucune justification (§41). Dans ce contexte, **la Cour a considéré que jusqu'à la réforme de 2007, la réglementation autrichienne induisait une discrimination prohibée (§§42-43)**. Suivant la Cour, il n'y avait alors pas lieu d'envisager au surplus la question sous l'angle des articles 14 et 1P1 (§52)⁽⁶⁸⁾.

4. Partenariat civil

54. Dans une affaire *Manenc c. France* qui a donné lieu à une décision sur la recevabilité du 21 septembre 2010⁽⁶⁹⁾, la Cour s'est penchée, à nouveau, sur la question du droit à la pension de réversion. En l'occurrence, le requérant avait vécu avec un homme pendant vingt-six années et avait conclu avec lui un PACS. Au décès de cet homme, il avait sollicité de la caisse nationale de retraite le bénéfice d'une pension de réversion. Sa demande avait été rejetée à défaut de «*mariage régulier constaté par acte de mariage*». Pour le requérant, le refus qui lui avait été opposé constituait une différence de traitement discriminatoire fondée sur son statut conjugal de «pacsé» et son orientation sexuelle. La Cour a d'abord constaté l'absence d'un droit à la pension de réversion, mais a confirmé que si un État décide d'aller au-delà de ses obligations conventionnelles en allouant de semblables pensions, alors il doit organiser l'allocation de cette prestation d'une manière respectueuse de l'article 14. Suivant la Cour, «*s'agissant de droits tombant sous l'empire de l'article 8, lorsque l'orientation sexuelle est en cause, il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement*». Encore fallait-il cependant, avant de rechercher de telles raisons, s'assurer de ce que la situation du requérant était identique ou analogue à celle des bénéficiaires de la prestation litigieuse. À cet égard, la Cour a relevé que le PACS obéit à une certaine solennité et organise la vie en couple au-delà de la simple communauté d'intérêts, mais que, pour autant, il reste «*étranger au mariage*» au plan notamment de la conclusion et de la rupture, de même

⁽⁶⁸⁾ Les juges Vajic et Malinverni, dissidents, considèrent qu'il y a lieu d'avoir égard à la circonstance qu'à l'époque des faits très peu de pays membres proposaient des statuts ouverts aux couples de même sexe ou traitaient ces couples sur un pied d'égalité sur le terrain de la sécurité sociale. Dans ce contexte, les autorités autrichiennes disposaient effectivement d'une large marge de manœuvre dans laquelle les dispositions et décisions litigieuses trouvaient à s'inscrire.

⁽⁶⁹⁾ Voy. aussi la confirmation de la jurisprudence *Schackell* s'agissant du refus du bénéfice de la pension de réversion au concubin hétérosexuel par l'arrêt *Korosidou c. Grèce* du 10 février 2011.

qu'au plan du contenu en termes de droits et obligations. Suivant la Cour, il s'ensuit que le requérant n'était pas, s'agissant du bénéfice d'une pension de réversion, dans une situation analogue ou comparable à celle du conjoint survivant. La Cour a encore pointé que l'impossibilité pour les couples homosexuels de se marier n'était pas déterminante et souligné que la plupart des «pacsés» étaient de sexe différent et se trouvaient du point de vue de l'avantage litigieux dans la même situation que le requérant. La Cour a conclu que la limitation du bénéfice de la pension de réversion au conjoint survivant, à l'exclusion des «pacsés» quelle que soit leur orientation sexuelle, participait de la large marge d'appréciation à consentir aux États en la matière. Elle a donc conclu que **la requête était manifestement mal fondée**.

5. *Mariage uniquement religieux*

55. Dans un arrêt *Muñoz Dias c. Espagne* ⁽⁷⁰⁾ du 8 décembre 2009, la Cour a, par contre, considéré que le refus d'octroyer à une femme une pension de réversion suite au décès de l'homme qu'elle avait épousé suivant les rites de la communauté rom constituait **une discrimination contraire au prescrit de la Convention**. Les autorités espagnoles avaient délivré à la requérante et à son «compagnon» un livret de mariage et leur avaient reconnu le titre administratif de famille nombreuse. Le défunt avait cotisé à la sécurité sociale espagnole et la requérante y était renseignée comme étant à sa charge, au titre d'épouse, de même que les six enfants du couple (§52). La Cour a été particulièrement sensible à la circonstance que Madame Muñoz pouvait être légitimement convaincue de la validité de son union (§§57-61) et avait pu être confortée dans cette conviction par l'attitude adoptée à l'égard du couple par les autorités espagnoles durant la vie de son «compagnon» (§62). La Cour a également accordé de l'importance à la circonstance que la législation et la jurisprudence espagnoles accordent dans certains cas le bénéfice des pensions de réversion en cas de «*croyance de bonne foi en l'existence d'un mariage nul*» (§65). Dans ce contexte, la Cour a considéré que le refus de lui allouer la pension de réversion avait constitué une discrimination par rapport «*au traitement réservé au mariage de bonne foi*» (§65). Elle a souligné enfin que «*la Cour ne saurait accepter la thèse du gouvernement selon laquelle il aurait suffi (sic) à la requérante de se marier civilement pour obtenir la*

⁽⁷⁰⁾ À propos de cette décision : S. OUALD CHAIB, «Mensenrechtenhof kent gevolgen toe aan Romahuwelijk», *Juristenkrant*, 2010, liv. 203, pp. 1-2; F. RIGAUX, «Les effets d'une Union conjugale n'ayant pas satisfait aux conditions de forme de la loi étatique. Cour européenne des droits de l'homme, *Munoz Dias c. Espagne*, 8 décembre 2009; (gde ch.) *Serife Yigit c. Turquie*, 2 novembre 2010», *Rev. trim. dr. h.*, 2011, pp. 317-324.

pension réclamée» car «une approche (...) consistant à débouter la victime au motif qu'elle aurait pu échapper à la discrimination en modifiant l'un des éléments litigieux – par exemple, en se mariant civilement – viderait l'article 14 de sa substance» (§70)⁽⁷¹⁾.

56. La Cour a rendu le 2 novembre 2010, dans l'affaire *Serife Yigit c. Turquie*⁽⁷²⁾, un arrêt de grande chambre s'agissant cette fois de l'impossibilité pour une femme turque de bénéficier d'une pension de réversion suite au décès de son concubin, auquel elle était mariée religieusement, mais pas civilement. La grande chambre a souhaité appréhender cette problématique en premier lieu par le prisme des articles 14 et 1P1 combinés plutôt que par celui de l'article 8 (§§51-53). En se référant à son arrêt *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, la Cour a rappelé que les États jouissent d'une importante marge de manœuvre s'agissant de politiques générales, fiscale, économique ou sociale et qu'ils disposent aussi d'une certaine marge de manœuvre pour prévoir un traitement différent selon qu'un couple est marié ou non (§72). La Cour s'est ensuite posé la question de savoir si la nature civile ou religieuse du mariage était susceptible d'induire le constat d'une discrimination. Elle a conclu que la jurisprudence relative aux différences entre couples et parents mariés et non mariés était applicable, *mutatis mutandis*, à cette problématique (§80). La Cour a ensuite relevé que, dans un contexte turc caractérisé par l'importance de la laïcité, l'obligation de célébrer un mariage civil monogamique préalablement à toute union religieuse poursuivait un but légitime étant la protection des femmes (§81). Elle a subséquemment observé que la situation de la requérante était effectivement défavorable (§83), mais pour pointer aussitôt que le droit turc consacrait sans ambiguïté la prééminence du mariage civil, en manière telle qu'elle savait qu'il était nécessaire de régulariser sa situation pour pouvoir prétendre aux prestations par elle réclamées (§84). Suivant la Cour, cette circonstance distinguait clairement cette affaire *Serife Yigit* de l'affaire *Muñoz Diaz* (§§86-87). Au regard de l'ensemble de ces considérations, elle a conclu que la distinction de traitement litigieuse apparaissait raisonnablement proportionnée au but légitime (§87). La Cour a dès lors considéré qu'il n'y avait **pas eu de violation** de l'article 14

⁽⁷¹⁾ L'on sera attentif, dans le cadre de cette affaire, à l'opinion dissidente émise par le juge néerlandais, Monsieur Myjer, suivant lequel il ne peut être reproché à l'Espagne d'avoir méconnu ses obligations conventionnelles dès lors que notamment «le mariage civil [est] ouvert aux Roms dans les mêmes conditions d'égalité qu'aux personnes n'appartenant pas à la communauté rom» (p. 28).

⁽⁷²⁾ À propos de cette décision : F. RIGAUX, «Les effets d'une Union conjugale ...», *op. cit.*

de la Convention combiné à l'article 1 du Protocole n° 1 (§88). Sur le terrain de l'article 8, la Cour a relevé que la requérante et son compagnon n'avaient jamais vu leur vie familiale troublée en raison du choix qu'ils avaient posé de ne pas se marier civilement (§101). Pour le surplus, elle a rappelé que l'article 8 n'oblige l'État ni à reconnaître le mariage religieux, ni à instaurer un régime spécial pour une catégorie particulière de couples non mariés (§102). Dès lors, **il n'y avait pas eu non plus de violation de l'article 8 (§103)** ⁽⁷³⁾.

V. — Filiation et adoption

A. — Filiation ⁽⁷⁴⁾

57. La Cour européenne a eu l'occasion au cours des dernières années de rendre de nombreuses décisions en matière de filiation. Ces décisions portent tout autant sur l'établissement du lien de filiation que sur l'anéantissement de ce lien et la Cour se trouve évidemment confrontée aux hésitations contemporaines entre les différents fondements possibles du lien de filiation : lien biologique, lien socio-affectif et lien juridique. Le principe fondamental reste en la matière celui, dégagé dans l'arrêt *Kroon c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994, suivant lequel sont contraires à la Conven-

⁽⁷³⁾ L'on se référera également à l'opinion concordante du juge Rozakis suivant lequel : «*considérant que dans cette affaire les éléments de comparaison sont la vie commune stable hors mariage et le mariage lui-même, je reconnais que le respect de la jurisprudence fondée sur la Convention nous commande de conclure que, dans les circonstances de l'espèce, l'absence de droits de sécurité sociale au détriment des intérêts de notre requérante n'est contraire ni à l'article 14 (combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1) ni à l'article 8 de la Convention. Néanmoins, compte tenu des nouvelles réalités sociales qui se dessinent peu à peu dans l'Europe d'aujourd'hui, se manifestant par un accroissement progressif du nombre de relations stables hors mariage et remplaçant l'institution traditionnelle du mariage sans nécessairement saper la structure de la vie familiale, je me demande si la Cour ne devrait pas commencer à revoir sa position quant à la distinction justifiable qu'elle admet dans certains domaines entre le mariage, d'un côté, et d'autres formes de vie familiale, de l'autre, même lorsqu'il s'agit de droits de sécurité sociale et de droits analogues*» ; voy. aussi l'opinion concordante du juge Kovler qui a voté avec la majorité mais déplore la conception de l'Islam sous-tendue selon lui par l'arrêt : «*Ce que je ne peux pas accepter dans le texte de l'arrêt, ce sont les jugements de la Cour sur le mariage en vertu du droit islamique. Je pense qu'il aurait été plus sage de s'abstenir de toute appréciation de la complexité des normes du mariage islamique, plutôt que d'en donner une image réductrice et par excellence subjective*».

⁽⁷⁴⁾ En doctrine : P. MURAT, «Filiation et vie familiale», in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002, pp. 161-208 ; F. RIGAUX, «Le droit de connaître ses origines», in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), coll. Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, pp. 105-111.

tion les situations dans lesquelles une présomption légale prévaut sur la réalité factuelle, sans considération pour le vœu des personnes concernées et sans que personne n'en bénéficie vraiment.

En conséquence, la Cour a pu à plusieurs reprises juger qu'il doit être possible de contester un lien de filiation lorsqu'il ne correspond à aucune réalité biologique ou sociologique pour autant qu'aucun intérêt légitime ne s'oppose à la suppression du lien considéré⁽⁷⁵⁾. Ainsi, ont notamment été jugées contraires au prescrit conventionnel les situations dans lesquelles le seul écoulement du temps induisait une impossibilité absolue de solliciter la suppression du lien (*Shofman c. Russie*). Par contre, quand les autorités nationales décident après un examen concret d'une situation de refuser la possibilité de contester sa paternité à un homme au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, le prescrit conventionnel n'est pas contrarié (voy. la décision *Yildirim c. Autriche* du 17 octobre 1999). La protection de cet intérêt diminue avec l'âge et la Cour a jugé que l'intérêt d'une enfant devenue adulte de bénéficier de la «réalité sociale» d'être la fille du requérant ne primait pas le droit de celui-ci d'avoir au moins la possibilité de contester sa paternité (voy. l'arrêt *Mizzi c. Malte* du 12 janvier 2006).

En sens inverse, il doit être possible pour un individu d'établir sa filiation, *a fortiori* quand l'établissement de pareil lien ne porte atteinte à aucun intérêt concurrent au sien⁽⁷⁶⁾. Ainsi, un enfant, même devenu adulte, a un intérêt protégé à pouvoir rechercher l'identité (*Jäggi c. Suisse*) et la paternité de son auteur (*Phinikaridou c. Chypre*), même si cet intérêt doit être mis en balance avec l'intérêt d'éventuels tiers. En sens inverse, le

⁽⁷⁵⁾ Arrêt *Tavli c. Turquie* du 9 novembre 2006 (rejet du progrès scientifique comme motif pour rejeter une affaire de filiation : violation); arrêt *Paulik c. Slovaquie* du 10 octobre 2006 (impossibilité de contester la paternité judiciairement établie : violation); arrêt *Mizzi c. Malte* du 12 janvier 2006 (impossibilité d'agir en contestation de paternité : violation); arrêt *Shofman c. Russie* du 24 novembre 2005 (délai inflexible pour agir en contestation de paternité : violation); décision *Yildirim c. Autriche* du 19 octobre 1999 (refus du parquet de mettre en œuvre la contestation de paternité après l'écoulement du délai du père : non-violation); arrêt *Kroon c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994 (impossibilité pour la mère de contester la paternité du mari : violation); arrêt *Rasmussen c. Pologne* du 28 novembre 1984 (différence entre le délai de contestation de paternité par le père et les autres titulaires de l'action : violation).

⁽⁷⁶⁾ Arrêt *Phinikaridou c. Chypre* du 20 décembre 2007 (délai inflexible pour agir en recherche de paternité : violation); arrêt *Jevremovic c. Serbie* du 17 juillet 2007 (longueur de la procédure tendant à établir la paternité : violation); arrêt *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006 (refus d'ordonner une expertise ADN : violation); arrêt *Rozanski c. Pologne* du 18 mai 2006 (nécessité absolue du consentement de la mère à la reconnaissance : violation); arrêt de grande chambre *Odièvre c. France* du 13 février 2003 (accouchement sous x : non-violation); arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002 (refus du père recherché de se soumettre à un test ADN et absence de dispositif adéquat : violation).

père biologique d'un enfant a en principe le droit d'établir sa filiation à l'égard de celui-ci (voy. l'arrêt *Rozanski c. Pologne* du 18 mai 2006).

Durant la période recensée, la Cour a appliqué et affiné ces lignes jurisprudentielles. Il semble qu'à tout le moins une ligne de conduite claire peut être mise en évidence : la Cour refuse l'abstraction des impossibilités absolues et exige des États qu'une évaluation concrète du poids relatif des intérêts en présence puisse intervenir. Et dans le cadre de la pesée considérée, l'intérêt de l'enfant revêt une importance particulière. La Cour a au demeurant pu appréhender, durant cette même période, et dans trois affaires distinctes, la question particulière des actions tendant à anéantir ou établir la filiation d'autrui, qu'elle a résolu en mobilisant un critère de proximité.

1. *La contestation de la paternité judiciairement établie et les tests ADN*

58. Dans trois arrêts récents – *Tavli, Mizzi et Shofman* – la Cour avait condamné les situations dans lesquelles un homme n'avait pas eu au moins la possibilité de contester la paternité établie par présomption. Dans un autre arrêt, *Paulik c. Croatie* du 10 octobre 2006, elle avait considéré que l'impossibilité pour un homme de contester sa paternité, qui avait été établie judiciairement, à la lumière d'une preuve scientifique indisponible au moment de l'établissement de la filiation était contraire à l'article 8 de la Convention.

59. Dans une affaire *I.L.V. c. Roumanie*, qui a donné lieu à une décision sur la recevabilité du 24 août 2010, elle a cependant considéré irrecevable la requête déposée par un homme qui se plaignait de ce que les juridictions nationales avaient refusé d'ordonner un test ADN. Le requérant pensait que pareil test établirait qu'il n'était pas biologiquement le père de sa fille de treize ans, qu'il n'avait jamais rencontrée, mais à l'égard de laquelle sa filiation avait été établie judiciairement à une époque où l'expertise ADN était inaccessible. Suivant la Cour, il convenait de mettre en balance, en l'espèce, d'une part, le droit du requérant de savoir s'il était ou pas le père biologique de sa fille et, d'autre part, le droit de sa fille de garder sa filiation déjà établie et la sécurité juridique (§38). La Cour a relevé que dans les différentes affaires de contestation de paternité sur lesquelles elle s'était antérieurement penchée, un test ADN avait été réalisé de commun accord et qu'étaient alors en cause les effets de cette vérité révélée sur les liens de filiation existants. Dans l'affaire *I.L.V.*, la fille du requérant ne souhaitait pas se soumettre au test ADN susceptible de mettre en cause sa filiation paternelle. Pour la Cour, ce désaccord entre les

parties exprimait la divergence de leurs intérêts et était essentiel pour la mise en œuvre de la balance des intérêts (§40). En outre, la Cour a souhaité distinguer l'affaire *I.L.V.* de l'affaire *Jäggi* dans le cadre de laquelle l'impossibilité de conduire un test ADN avait été jugée contraire à l'article 8. Ainsi, dans l'affaire *Jäggi*, un homme souhaitait tester la filiation biologique d'un homme décédé dont sa mère lui avait affirmé qu'il était son père. L'analyse ADN projetée n'aurait pu au regard des règles du droit national conduire à une modification de la filiation du requérant. Dans l'affaire *I.L.V.*, au contraire, le lien de filiation de la fille du requérant aurait pu être mis en cause par la conduite de l'expertise ADN (§41). Suivant la Cour, «*l'apparition du test ADN et la possibilité de tout justiciable de s'y soumettre constitue une évolution sur le plan judiciaire, permettant d'établir avec certitude l'existence de liens biologiques entre différentes personnes*», mais «*la nécessité de protéger les tiers peut exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelques analyses médicales que ce soit, notamment à des tests ADN*», à plus forte raison «*quand, comme en l'espèce, le tiers en question est une enfant, bénéficiant d'une filiation légitime de longue date*» (§42). Au regard de l'ensemble de ces éléments, elle a conclu que «*l'absence d'une quelconque manifestation de la part de l'enfant démontrant son souhait de voir vérifier sa paternité (...), combiné avec l'âge de A., le laps de temps pendant lequel elle a bénéficié de son état civil stable et les conséquences patrimoniales, mêmes modestes, que cela peut entraîner, jouent en l'espèce en faveur de l'intérêt de l'enfant de ne pas être privé d'une paternité biologique distincte de la filiation*» (§46). La Cour a considéré la requête **manifestement mal fondée** (§48). Dans des circonstances similaires et suivant un raisonnement analogue, la Cour a conclu à l'absence manifeste de fondement dans une affaire *Klocek c. Pologne* qui a donné lieu à une décision sur la recevabilité du 27 avril 2010⁽⁷⁷⁾.

2. La contestation de la paternité présumée par le père biologique

60. Dans l'affaire *Chavdarov c. Bulgarie*, soldée par un arrêt du 21 décembre 2010, le requérant se plaignait de n'être pas en mesure d'établir juridiquement sa filiation à l'égard de ses trois enfants biolo-

⁽⁷⁷⁾ Voy. également dans le même sens, l'affaire *Iyilik c. Turquie* tranchée le 6 décembre 2011 dans le cadre de laquelle un homme souhaitait qu'un test ADN soit conduit et que sa paternité, établie par présomption et qu'il n'avait pas pu contester efficacement devant les juridictions turques immédiatement après la naissance de l'enfant dans les années 60, à défaut d'accès à la vérité génétique, soit anéantie (la Cour conclut à la recevabilité de la requête et, par cinq voix contre deux, à la non-violation de l'article 8; on lira donc avec intérêt l'opinion dissidente des juges Pinto de Ahbuquerque et Ketler).

giques. Il avait conçu ces enfants avec une femme mariée qui vivait conjugalement avec lui. Cette femme avait cependant pris par la suite la décision de quitter le requérant et les enfants qu'ils avaient eus ensemble pour retourner auprès de son mari, lequel était, aux yeux de la loi et par application de la présomption de paternité, le père des trois enfants. Le requérant qui vivait désormais seul avec les trois enfants s'était enquis des possibilités d'établir un lien de filiation entre eux et lui et avait appris qu'il n'en existait aucune, ce qui l'avait amené à saisir la Cour. Dans sa décision, la Cour a précisé d'emblée que *«dans le domaine de la filiation paternelle et du renversement de celle-ci, les choix du législateur national entre telle et telle solution sont délicats à opérer et qu'ils peuvent être influencés par des considérations d'ordre différent – moral, éthique, social ou religieux»* (§46) et a relevé *«l'absence d'une approche commune dans la législation de vingt-quatre pays signataires de la Convention quant au point de savoir si le père biologique doit être autorisé à contester la filiation paternelle présomptive de ses enfants naturels»* (§47)⁽⁷⁸⁾. La Cour a au surplus expliqué, d'une part, qu'il ne lui revenait pas de *«se prononcer in abstracto sur la compatibilité avec l'article 8 de la Convention des choix faits par le législateur bulgare en la matière»* ou, en d'autres termes, *«de se substituer au législateur national en déterminant, par exemple, si oui ou non, voire dans quelles conditions, la personne prétendant être le père biologique d'un enfant peut être autorisée à contester la présomption de paternité légitime du mari de la mère»* et, d'autre part, que sa mission consistait à *«chercher à établir si un juste équilibre a été ménagé en l'espèce entre les intérêts concurrents de la société tout entière et des personnes concernées»* (§48). Suivant la Cour, *«en règle générale le but même de la contestation de la filiation paternelle présomptive par le père biologique est d'établir des relations personnelles et familiales avec les enfants dont il est le géniteur»*, tandis que *«le requérant et ses trois enfants ont formé une famille monoparentale de facto et l'existence de cette famille n'a aucunement été menacée pendant plusieurs années, et ce en dépit de l'absence de toute filiation juridiquement établie»* (§50). La Cour a admis que l'absence de lien de filiation posait un certain nombre de difficultés dans l'exercice

⁽⁷⁸⁾ Suivant la Cour : *«La législation interne de huit des vingt-quatre pays permet au père biologique de contester la présomption de paternité du mari (voir paragraphe 24 ci-dessus), tandis que dans dix autres pays le père biologique ne dispose pas de ce droit procédural (voir paragraphe 25 ci-dessus). Dans quatre des vingt-quatre pays en cause, le législateur a opté pour restreindre ce droit du père biologique seulement dans des cas où la réalité sociale ne correspondrait pas à la filiation légalement établie (voir paragraphe 24 ci-dessus). Dans deux autres pays, ce sont les autorités publiques qui peuvent intervenir sur la demande du père biologique et éventuellement contester la filiation paternelle de ses enfants naturels (voir paragraphe 24 in fine ci-dessus)»* (§47).

des responsabilités parentales, mais elle a considéré qu'il pouvait être pallié à ces difficultés (§51). Ainsi, le requérant aurait pu demander que les enfants lui soient expressément confiés par les services sociaux en qualité de «*proche personne des mineurs abandonnés par leurs parents légitimes*» (§52). Il aurait même pu se porter, mais sans garanties, candidat à l'adoption des trois enfants (§53). Or, a relevé la Cour, il n'en avait rien fait. Dans ce contexte, elle a considéré que «*le pouvoir de discrétion des autorités internes de légiférer dans le domaine de la filiation et des relations nouées entre les parents et leurs enfants a été utilisé pour assurer la protection des intérêts des enfants*» (§55). Elle a fondé ce constat sur la double considération que les enfants pouvaient bénéficier de droits sociaux et qu'ils auraient la possibilité de contester, s'ils le souhaitaient, la présomption de paternité du mari de leur mère dans l'année suivant leur majorité (§55). Pour la Cour, au regard de l'ensemble de ces éléments, **la Convention n'avait pas été violée.**

3. Recherche de paternité et droit de connaître ses origines

61. Dans un arrêt *Backlund c. Finlande* du 6 juillet 2010, la Cour a été amenée à confirmer sa jurisprudence suivant laquelle un délai inflexible n'est pas acceptable en matière de recherche de paternité. En l'espèce, le requérant était un enfant né hors mariage en 1937 qui avait toujours connu l'identité de son père. Cependant, initialement, le droit finlandais ne permettait pas d'établir la paternité d'un homme contre sa volonté. La législation avait évolué en 1976 et cette possibilité avait été expressément ouverte. Les enfants nés, comme le requérant, avant l'entrée en vigueur de la réforme disposaient d'un délai de cinq années pour agir. Or, le requérant n'avait pas eu connaissance immédiatement de la réforme et n'avait introduit son action qu'en mai 2002. Les juridictions nationales avaient ordonné un test ADN qui avait confirmé le lien de paternité allégué, mais avaient rejeté la demande du requérant à raison de l'écoulement du délai prescrit. La Cour a considéré que la limite temporelle absolue posée par la réglementation finlandaise, sans égard pour la réalité biologique telle qu'elle avait été mise au jour par le test ADN, **violait l'article 8 de la Convention** (§§53, 54 et 56). Suivant la Cour, les juridictions internes n'avaient absolument pas cherché à balancer *in concreto* les différents intérêts en présence soit ceux du requérant, ceux du père recherché et de sa famille et l'intérêt général à la protection de la sécurité juridique (§55). Le même jour, la Cour a par ailleurs rendu, contre le même pays, un arrêt de **violation** dans une affaire *Grönmark* dans laquelle le requérant avait été semblablement victime de la limitation temporelle de cinq ans, dans la mesure où lui et son entourage étaient convaincus que sa filiation pater-

nelle avait été établie, dès lors que le père recherché avait été condamné antérieurement au paiement d'une pension alimentaire.

62. Dans l'affaire *Pascaud c. France*, qui a donné lieu à un arrêt du 16 juin 2011, le requérant était un homme qui était né hors mariage et avait été reconnu à l'âge d'un an par l'homme avec lequel sa mère s'était subséquemment mariée : C.P. Il savait cependant depuis son enfance que cet homme n'était pas son père biologique, dès lors que sa mère lui avait confié l'identité de son véritable père : W.A. Le requérant n'avait jamais eu de relation père-fils avec C.P. et avait par contre pu nouer certains liens avec W.A. Il avait mis à l'âge de quarante ans une action en œuvre afin de voir anéantie sa filiation avec le mari de sa mère et subséquemment établie sa filiation à l'égard de celui qu'il tenait pour son véritable père. Le tribunal de grande instance de Libourne avait ordonné une expertise qui avait révélé qu'il y avait une probabilité de 99,999 % pour que le requérant soit bien le fils de W.A. Quelques semaines avant de consentir à l'examen génétique, W.A. avait d'ailleurs manifesté auprès du maire de Saint-Emilion sa volonté de reconnaître le requérant. Quelques semaines après cet examen génétique, il avait été placé sous curatelle renforcée. W.A. était décédé quelques mois plus tard. Après son décès, les juridictions françaises avaient accueilli la demande du requérant d'anéantir son lien de filiation avec C.P., mais considéré, au regard notamment de la mesure de curatelle prise ultérieurement à son égard et après analyse graphologique, que W.A. n'avait pas valablement consenti à l'examen génétique et n'avait par ailleurs pas reconnu le requérant puisqu'il s'était borné à déclarer son intention de procéder à une reconnaissance. L'expertise était donc nulle tandis qu'il n'y avait eu aucune reconnaissance. Le requérant se trouvait donc malgré l'existence d'une preuve biologique objective empêché d'établir sa filiation à l'égard de son géniteur. Suivant la Cour, il fallait rechercher si «*un juste équilibre a(vait) été ménagé dans la pondération des intérêts concurrents, à savoir, d'un côté, le droit du requérant à connaître son ascendance et, de l'autre, le droit des tiers à ne pas être soumis à des tests ADN et l'intérêt général à la protection de la sécurité juridique*» (§60). La Cour a relevé à cet égard que «*W.A., aujourd'hui décédé, n'avait pas de famille connue selon les autorités et qu'il avait légué la majorité de ses biens à la commune de Saint-Emilion*» (§61). Elle a relevé – en se référant aux arrêts *Phinikaridou*, *Backlund* et *Gröndmark* – qu'en principe «*le refus d'annuler la reconnaissance de C.P. et de reconnaître (la filiation du requérant) envers son père biologique présumé pouvait se justifier par la nécessité de respecter les droits de ce dernier*». La Cour a donc expressément considéré que la protection des droits et intérêts de W.A. était un objectif susceptible d'être pris en considération pour déterminer si les

juridictions françaises avaient recherché et atteint un équilibre adéquat entre les intérêts concurrents en jeu. Elle a toutefois relevé ensuite qu'en l'espèce, c'était en ayant égard *uniquement* aux « *droits et intérêts personnels de W.A. que la cour d'appel a(vait) refusé de reconnaître la véritable filiation biologique du requérant. Elle a(vait) en effet constaté la nullité de l'expertise génétique pour un motif d'ordre procédural, à savoir que W.A. n'y aurait pas expressément consenti* » (§63). Suivant la Cour, les juridictions françaises n'avaient ainsi absolument pas tenu compte dans leur décision de l'intérêt du requérant à découvrir des aspects importants de son identité personnelle (§63). Or, à son estime, la protection des intérêts du père présumé n'était pas un motif suffisant pour priver le requérant de ses droits (§64) dans la mesure où, alors même que la teneur de l'expertise n'était pas contestée (puisque son annulation était liée à des motifs procéduraux), les juridictions françaises avaient signifié au requérant qu'il n'existait aucune possibilité pour lui d'établir sa filiation à l'égard de W.A., tandis qu'il lui était également impossible d'obtenir une seconde expertise (§67). Pour la Cour, ces éléments conjugués à l'absence de famille de W.A. permettaient de conclure **qu'un équilibre adéquat n'avait pas été atteint** entre les intérêts en présence (§§68-69).

4. *La filiation d'autrui : une question de proximité*

63. Dans un important arrêt *Kalacheva c. Russie* du 7 mai 2009, la Cour signale expressément que pour la mère d'un enfant né hors mariage, l'établissement de la filiation paternelle de cet enfant entre dans le champ de la vie privée dont le respect est garanti par l'article 8 de la Convention. La détermination de la filiation, en plus de ses aspects financiers et émotionnels, peut également être importante du point de vue de l'image sociale de la mère, de l'histoire médicale de sa famille et du réseau de droits et obligations qui existent entre une mère, un père et un enfant (§29). En l'espèce, les juridictions russes avaient débouté la requérante de sa demande d'établissement de la paternité. Un test ADN avait pourtant été conduit qui concluait à la paternité génétique du père recherché. Les juges russes avaient considéré ce test inadmissible en raison de manquements dans le cadre de sa réalisation et décidé de rejeter l'action de la mère sans ordonner de nouveau test (§§34-35). La Cour a rappelé le principe suivant lequel, dans les affaires qui portent sur l'établissement de la filiation, il faut attribuer un poids particulier à l'intérêt de l'enfant (not. arrêt *Jevremovic c. Serbie* du 17 juillet 2007) (§36). Suivant la Cour, l'observation de ce principe induisait en l'espèce que la question de l'identité du père de l'enfant reçoive une réponse claire et qu'un second test ADN soit mis en

œuvre dès lors que le premier avait été considéré inadmissible (§36). **La Convention avait donc été violée.**

64. Dans une décision *Menendez Garcia c. Espagne* du 5 mai 2009, la Cour avait par contre considéré irrecevable la requête d'une femme qui souhaitait qu'une expertise ADN puisse être diligentée et qu'un lien de filiation puisse être subséquemment établi entre son père décédé et un homme également décédé en manière telle qu'elle serait quant à elle devenue la petite fille de cet homme. Suivant la requérante, l'impossibilité pour elle d'établir son rapport de «grand-paternité» constituait une violation de l'article 8 de la Convention, notamment au regard des conclusions atteintes par la Cour dans son arrêt *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006. La Cour a considéré que cette situation dans laquelle se trouvait la requérante relevait du champ de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention. Elle a concédé que son arrêt *Jäggi* reconnaissait que «le droit à l'identité, dont relève le droit à connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée», tout en soulignant aussitôt que, suivant le même arrêt, ce droit doit être mis en balance avec le droit des tiers à l'intangibilité du corps, le droit au respect des morts ainsi que l'intérêt public à la protection de la sécurité juridique. L'apport de la décision rendue par la Cour réside surtout dans l'affirmation que «l'intérêt dans la connaissance de l'identité varie en fonction du degré de proximité des ascendants» en manière telle qu'«il convient de lui accorder la plus haute importance s'agissant des ascendants directs», mais que «son poids en intérêt diminue en fonction de l'éloignement dans le degré de parenté» (§2). C'est pour cette raison que la Cour a considéré **manifestement mal fondé** le recours de la requérante contre l'impossibilité pour elle d'établir son rapport de «grand-paternité».

65. Dans un arrêt *T.C. et H.C. c. Turquie* du 26 juillet 2011, la Cour a été amenée à statuer sur la requête déposée par une femme dont la filiation paternelle avait été anéantie, après le décès de son père, suite à une action diligentée par ses grands-parents paternels (qui prétendaient donc qu'ils ne l'étaient pas). Les grands-parents étaient manifestement mus par des motifs d'ordre successoral. En outre, le test ADN qui avait été effectué sur la dépouille du père défunt avait été conduit dans des conditions peu satisfaisantes, tandis que la seconde expertise réclamée par la requérante n'avait pas été mise en œuvre (§§73-74). Les juridictions internes avaient admis l'action des grands-parents, alors que le droit national ne leur donnait *a priori* pas qualité pour agir, en mettant en œuvre une interprétation audacieuse et imprévisible des dispositions pertinentes (§70). Dans ce contexte, **la Cour a considéré la Convention violée.** Le lien de filiation de la

requérante avait été supprimé après le décès de son père (qui n'avait jamais quant à lui manifesté un quelconque désir de remettre en cause sa paternité), alors que ses grands-parents étaient *a priori* sans droit d'agir et que la qualité de l'expertise mise en œuvre posait question. La Cour a admis qu'un poids pouvait être accordé à la protection des intérêts des grands-parents, héritiers potentiels du défunt, mais que ce but légitime n'était pas de nature à justifier la double ingérence litigieuse dans le droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante (§§81-82).

B. — Adoption⁽⁷⁹⁾

66. La Cour européenne rend peu de décision en matière d'adoption. Cela n'est guère étonnant puisqu'il est acquis, depuis l'arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002, que la Convention ne contient aucun droit à l'adoption. Les États signataires de la Convention n'ont donc pas l'obligation de permettre l'adoption. Cela étant, s'ils choisissent de le faire, il leur revient d'encadrer l'adoption d'une manière conforme aux exigences de la Convention. Cela implique, d'une part, que l'accès à l'adoption soit organisé d'une manière qui ne contrarie pas l'exigence de non-discrimination contenue dans l'article 14 de la Convention (voy. l'arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008 ou l'arrêt *Emonet et autres c. Suisse* du 13 décembre 2007)⁽⁸⁰⁾. Cela induit, d'autre part, que la mise en œuvre du droit de l'adoption ne porte pas atteinte à la vie familiale dont le respect est garanti par l'article 8, qu'il s'agisse, par exemple, d'organiser l'adoption d'un enfant sans le consentement de ses parents (voy. par ex. l'arrêt *Chepelev c. Russie* du 26 juillet 2007)⁽⁸¹⁾ ou bien de reconnaître ou pas

⁽⁷⁹⁾ M. DEMARET, «L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité. L'arrêt *E.B. c. France*», note sous Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, *J.T.*, 2009, pp. 145-149; I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002; P. MARTENS, «L'égalité devant l'adoption», note sous Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 548-550; G. RUFFIEUX, «La France condamnée par la Cour européenne pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle», note sous Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 942-955; S. SAROLÉA, «L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 11-57.

⁽⁸⁰⁾ Arrêt de grande chambre *E.B. c. France* du 22 janvier 2008 (refus d'agrément à l'adoption par une célibataire homosexuelle : violation); arrêt *Emonet et autres c. Suisse* du 13 décembre 2007 (rupture du lien de filiation après adoption par le compagnon non marié de la mère : violation); arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002 (refus d'agrément à l'adoption par un célibataire homosexuel : non-violation).

⁽⁸¹⁾ Arrêt *X. c. Croatie* du 17 juillet 2008 (exclusion de la mère, frappée d'incapacité, de la procédure d'adoption de sa fille placée : violation); arrêt *Kearns c. France* du 10 janvier 2008 (écoulement du délai pour retirer son consentement à l'adoption dans le contexte d'un accouchement sous x : non-violation); arrêt *Chepelev c. Russie* du 26 juillet 2007 (adoption

dans l'ordre juridique interne les effets d'une adoption prononcée à l'étranger (voy. l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007)⁽⁸²⁾.

Durant la période recensée, la Cour a notamment déclaré recevable la requête déposée par les partenaires d'un couple lesbien qui se plaignent de ce qu'il n'est pas possible pour l'une d'adopter l'enfant de l'autre. Cette problématique particulière pose des questions aiguës, à la croisée de l'accès non discriminatoire à l'adoption et du respect dû à la vie familiale préexistante (*Gas et Dubois c. France*).

La juridiction strasbourgeoise s'est par ailleurs trouvée confrontée – pour la première fois – à la problématique singulière de l'annulation d'adoption, tantôt parce qu'une telle annulation avait été concédée à la demande d'un des adoptants et contre le gré de l'autre, tantôt parce que cette annulation avait été refusée. Dans le cadre de cette problématique neuve, la Cour a notamment souligné qu'en matière d'adoption, l'importance à conférer à l'intérêt de l'enfant se trouvait accrue, dès lors que, conformément à la formulé héritée de l'arrêt *Fretté*, elle consiste non pas à donner un enfant à une famille, mais à donner une famille à un enfant. En conséquence, la Convention ne garantit pas à une personne qui a adopté un enfant le droit de mettre fin à cette adoption, ni le droit d'interrompre un lien juridique de filiation ainsi créé (*Kurochkin c. Ukraine* et *Gotia c. Roumanie*). Dans cette matière, comme dans toutes celles qui touchent à l'enfant, la Cour semble mettre l'accent particulièrement sur la volonté de l'enfant.

1. L'accès à l'adoption : différence de traitement fondée sur l'âge

67. Dans son arrêt *Schwizgebel c. Suisse* du 10 juin 2010, la Cour a été amenée à examiner l'attitude des autorités suisses à l'égard d'une femme célibataire de quarante-sept ans, qui avait déjà adopté un enfant et souhaitait en adopter un second. Elle avait ainsi sollicité l'autorisation d'accueillir un nouvel enfant en vue de son adoption, mais le service de protection de la jeunesse avait rejeté sa demande. Ce refus avait été ultérieurement confirmé par la Cour de justice du canton de Genève et par le Tribunal fédéral suisse. Classiquement, la Cour a rappelé que la

d'un enfant par le nouveau mari de sa mère et sans le consentement du père : non-violation); arrêt *Eski c. Autriche* du 25 janvier 2007 (adoption d'un enfant par le nouveau mari de sa mère et sans le consentement du père : non-violation); arrêt *Pini et Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004 (non-exécution de la décision d'adoption en raison de l'opposition des enfants adoptés : non-violation).

⁽⁸²⁾ Arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007 (refus de reconnaissance de la décision d'adoption prononcée au Pérou : violation).

Convention ne garantit pas un droit à l'adoption et que la protection de la vie familiale suppose l'existence d'une famille et pas le simple désir d'en fonder une. Elle a souligné que, dans son arrêt *E.B. c. France* du 22 février 2008, la question de savoir si le droit d'adopter entraînait dans le champ de l'article 8 considéré isolément était demeurée ouverte. Quoi qu'il en soit, en l'espèce, la législation suisse autorisait l'adoption par une personne seule de plus de trente-cinq ans et l'autorisation refusée à la requérante était indispensable pour qu'elle puisse adopter un second enfant, en manière telle que, suivant la Cour, la situation de la requérante entraînait dans le champ de l'article 8 (§73). Et dès lors que le droit interne autorisait l'adoption par une personne seule, il y avait lieu de vérifier que cette possibilité était organisée de manière non discriminatoire par les autorités suisses. Or, suivant la requérante, le refus d'autorisation qui lui avait été opposé constituait une discrimination fondée sur l'âge au sens de l'article 14 de la Convention (§74). La Cour n'a pas accueilli l'argument de la requérante suivant lequel elle se serait trouvée discriminée par rapport aux femmes «*qui peuvent de nos jours avoir des enfants biologiques à cet âge*» (§84). Elle a par contre estimé pertinente la question d'une éventuelle discrimination entre une personne dans la situation de la requérante et une femme seule moins âgée qui, dans les mêmes circonstances, serait susceptible d'obtenir une autorisation (§85). La Cour a considéré que le souci de protéger l'enfant était un but légitime (§86), qu'il n'y avait pas de dénominateur commun européen s'agissant de l'âge des adoptants (§§89-91) et que le droit paraissait traverser «*une phase de transition*» (§93) en manière telle que les États disposent d'une large marge d'appréciation (§92). Il y avait lieu dans cette affaire, de peser les intérêts concurrents de la requérante et des enfants (celui qu'elle avait déjà adopté et celui qu'elle désirait adopter) et, suivant la Cour, cette pesée avait été opérée par les juridictions suisses dans le cadre de procédures contradictoires et sans qu'un âge limite soit fixé «*de manière abstraite*» en manière telle que le critère de la différence d'âge avait été «*appliqué de manière souple et eu égard aux circonstances de chaque cas d'espèce*» (§96). Dès lors, suivant la Cour, le refus opposé à la demande de la requérante n'avait pas transgressé le principe de proportionnalité (§97) et il n'y avait **pas eu de violation de la Convention** (§99).

2. L'accès à l'adoption : différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle

68. Dans une décision sur la recevabilité *Gas et Dubois c. France* rendue le 31 août 2010, la Cour a été amenée à se pencher sur la différence de traitement dénoncée par deux femmes françaises formant un couple

lesbien. L'une d'entre elles avait mis au monde un enfant au moyen d'une PMA avec donneur réalisée en Belgique. L'enfant avait été reconnu par sa mère et vivait avec les deux femmes. La compagne de la mère avait ultérieurement déposé une requête en adoption simple. Le tribunal de grande instance de Nanterre avait constaté que les conditions légales de l'adoption étaient remplies, mais refusé de prononcer celle-ci dès lors que qu'elle aurait eu des effets contraires à l'intention des deux femmes et à l'intérêt de l'enfant. En effet, l'adoption aurait transféré l'autorité parentale de la mère de l'enfant à sa compagne candidate adoptante. Cette décision avait été confirmée par la cour d'appel de Versailles et aucun pourvoi en cassation n'avait été introduit. La Cour a tout d'abord écarté l'exception de non-épuisement des voies de recours internes formulée par le Gouvernement dès lors qu'au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation française, un pourvoi était voué à l'échec. Suivant les requérantes, elles avaient été victimes d'une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle puisque, sans possibilité de se marier, elles ne pouvaient mettre en œuvre l'adoption de l'enfant de l'une par l'autre, alors qu'elles se trouvaient dans une situation de fait comparable à celle d'un couple hétérosexuel qui, lui, dispose de cette possibilité. La Cour a rappelé que l'article 8 ne protégeait ni le droit de fonder une famille, ni le droit d'adopter. Elle a cependant considéré, en rappelant les indices de l'existence d'une vie familiale protégée, que les deux femmes qui, unies par le PACS, éduquaient la petite fille de l'une d'entre elles, composaient avec cette petite fille une vie familiale méritant la protection de l'article 8. Ayant conclu à l'applicabilité en l'espèce de l'article 8 de la Convention, la chambre saisie a considéré que l'affaire, complexe, **nécessitait un examen au fond** ⁽⁸³⁾.

3. Reconnaissance de l'adoption à l'étranger d'un majeur par un ecclésiastique

69. Dans une affaire *Négrépontis-Giannisis c. Grèce* ⁽⁸⁴⁾ qui a donné lieu à un arrêt du 3 mai 2011, la Cour s'est penchée sur la question singulière de la réception en droit grec de l'adoption par un moine de son neveu réalisée aux États-Unis. C'est le neveu qui a formé un recours devant la juridiction strasbourgeoise. Il avait toujours été très proche de son oncle qui était un modèle pour lui. À dix-sept ans il avait été faire ses études aux États-Unis où vivait le religieux et un lien filial s'était développé. Les deux hommes avaient souhaité sceller ce lien dans une adoption

⁽⁸³⁾ Voy. l'arrêt rendu le 15 mars 2012.

⁽⁸⁴⁾ À propos de cette décision : C. DAELMAN, «The Interaction between Human Rights and Private International Law», *Revue@dipr.be*, 2011, liv. 3, pp. 70-73.

qu'ils avaient mise en œuvre en mai 1984 alors que le requérant était âgé de 20 ans. Après le retour du requérant en Grèce, il était resté en contact permanent avec son père adoptif. Au décès de celui-ci cependant, un litige de nature successorale s'était noué entre le requérant et les frères et sœurs du défunt, dans le cadre duquel lesdits frères et sœurs avaient demandé et obtenu que la décision d'adoption américaine soit privée d'autorité de chose jugée en Grèce, dès lors qu'une adoption par un moine était contraire aux principes de l'ordre public grec. Pour le requérant, la privation de ses droits successoraux et le refus de la reconnaissance de son adoption par les tribunaux internes avaient bouleversé sa vie personnelle et sociale telle qu'il l'avait menée durant vingt-quatre années. Par ailleurs, cela revenait, pour lui, à le priver du droit de porter le nom de son père adoptif qui était par ailleurs aussi le nom de ses propres enfants. La Cour a relevé que si *«le droit d'adopter ne figure pas en tant que tel au nombre des droits garantis par la Convention, les relations entre un adoptant et un adopté sont en principe de même nature que les relations familiales protégées par l'article 8»* et que *«l'adoption confère à l'adoptant les mêmes droits et obligations à l'égard de l'adopté que ceux d'un père ou d'une mère à l'égard de son enfant légitime»*. Par ailleurs, tant les droits successoraux que le nom d'une personne sont des éléments de la vie privée et familiale (§55). Elle a ensuite souligné que l'adoption litigieuse était le fait de deux adultes qui avaient engagé un processus adoptif en connaissance de cause, notamment au plan des effets en matière d'état civil et de la vie privée et familiale (§§56-57). Dans ce contexte, la décision des autorités grecques de ne pas reconnaître l'adoption réalisée aux U.S.A. constituait une ingérence dans la vie privée et familiale du requérant (§58). La Cour s'est à cet égard référée à son arrêt *Wagner* (§60). Elle a encore relevé que la décision des juridictions internes s'appuyait sur des règles ecclésiastiques héritées des septième et neuvième siècles, alors même que l'adoption du requérant avait été réalisée après l'entrée en vigueur d'une loi autorisant expressément le mariage des moines (§72). En outre, à la Cour de cassation de Grèce, les juges dissidents avaient estimé qu'aucune disposition de la loi grecque ni aucun principe fondamental correspondant à une conviction sociale et religieuse ferme ne s'opposait à l'adoption par un moine (§73). La Cour a enfin accordé une grande importance à la circonstance que l'adoption avait existé durant vingt-quatre années et n'avait jamais été mise en cause avant l'ouverture de la succession de l'adoptant (§74). Dans ce contexte, la Cour a considéré que *«les motifs avancés par la Cour de cassation pour refuser de reconnaître l'adoption du requérant ne répondent pas à un besoin social impérieux. Ils ne sont donc pas proportionnés au but légitime poursuivi en ce qu'ils ont eu pour effet la négation du statut de fils*

adoptif du requérant». Elle a donc conclu à la **violation de l'article 8 de la Convention** (§76)⁽⁸⁵⁾.

4. *Annulation de l'adoption*

70. L'affaire *Kurochkin c. Ukraine*, qui a donné lieu à un arrêt du 20 mai 2010, a confronté la Cour à l'annulation d'une adoption décidée par les juridictions ukrainiennes. Des époux ukrainiens avaient ainsi adopté un enfant de onze ans et s'étaient séparés peu de temps après. Dans ce contexte, la mère, dont les relations avec l'enfant étaient très mauvaises, avait sollicité et obtenu l'annulation de l'adoption contre la volonté de son ex-conjoint et de l'enfant. Les juridictions ukrainiennes avaient notamment relevé que le requérant manquait d'autorité sur l'enfant et n'était pas apparu capable de l'élever, en se basant sur les bulletins scolaires et les témoignages des voisins et en se référant à une situation dans laquelle l'enfant adopté avait violenté sa mère adoptive sans que le requérant intervienne efficacement (§55). Eu égard à ce dernier élément, les tribunaux internes avaient aussi considéré que l'annulation de l'adoption constituait une sanction du comportement irrespectueux de l'enfant (§56). Suivant le père adoptif, requérant devant la Cour, l'annulation de l'adoption constituait une ingérence illégitime dans son droit au respect de la vie privée. La Cour a tout d'abord relevé qu'il n'était pas contesté que l'annulation de l'adoption constituait une ingérence dans la vie familiale du requérant (§38) et que la circonstance qu'il avait été subséquemment désigné tuteur de l'enfant ne lui avait pas fait perdre sa qualité de victime (§39). La Cour a rapidement admis que l'ingérence litigieuse était prévue par la loi et poursuivait un but légitime (§§44-49). Elle a ensuite rappelé que lorsqu'un lien familial a été établi, l'État doit agir d'une manière qui permette à ce lien de se développer mais aussi que l'État jouit d'une large marge de manœuvre pour apprécier la nécessité du placement d'un enfant (§§52-53). Suivant la Cour, l'argument des juridictions ukrainiennes suivant lequel l'annulation se comprenait aussi comme une sanction à l'égard de l'enfant ne saurait passer pour pertinent (§56). Par ailleurs, le processus au terme duquel l'annulation avait été décidée n'avait pas soigneusement soupesé les conséquences de la mesure sur l'enfant ni envisagé d'autres

⁽⁸⁵⁾ La Cour a aussi relevé une violation des articles 8 et 14 combinés dès lors qu'un enfant biologique de l'oncle du requérant n'aurait quant à lui pas pu être privé de ses droits filiaux (§84); Elle a aussi considéré l'article 6, §1, violé à raison des règles ecclésiastiques sur lesquelles les juridictions grecques s'étaient fondées pour donner un contenu à la notion d'ordre public (§§90-91); Enfin, l'article 1 du Protocole n° 1 avait également été violé à raison de la perte par le requérant de sa qualité d'héritier ensuite du refus de reconnaissance de son adoption (§96).

options moins extrêmes, tandis que l'entière charge de la preuve avait pesé sur le requérant (§57). En outre, après l'annulation, l'enfant avait continué à vivre avec le requérant qui avait ensuite été désigné tuteur, ce qui n'était pas de nature à accréditer l'idée suivant laquelle le requérant était incapable de prendre en charge l'enfant (§58). Dans ce contexte, la Cour a décidé, à l'unanimité, que **l'article 8 de la Convention avait été violé** (§59).

71. En sens inverse, dans une affaire *Gotia c. Roumanie* qui a donné lieu à une décision sur la recevabilité du 5 octobre 2010, la Cour a été amenée à se pencher sur la requête d'une femme qui reprochait à sa fille adoptive d'avoir un mauvais comportement, et en particulier d'avoir attenté à sa vie et de ne pas l'avoir aidée lorsqu'elle avait été malade. Pour ces différentes raisons, elle souhaitait obtenir la révocation de l'adoption, ce que ne lui permettait pas le droit roumain. Suivant cette femme, qui a déposé une requête devant la Cour, l'impossibilité d'obtenir la révocation de l'adoption «aux fins de sa protection personnelle vis-à-vis d'un comportement ingrat» constituait une violation de l'article 8 de la Convention. La Cour a notamment rappelé que *«l'importance de privilégier les intérêts de l'enfant par rapport à ceux des parents est accrue dans le cas d'une relation fondée sur l'adoption, car, ainsi qu'elle l'a déjà affirmé dans sa jurisprudence, l'adoption consiste à “donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille”»* (§29). La Cour s'est référée à son arrêt *Kurochkin*, et en particulier à la conclusion suivant laquelle la circonstance qu'une annulation de l'adoption interviendrait comme sanction du comportement ingrat de l'adopté ne peut être admise comme pertinente et suffisante. Dès lors, suivant les juges strasbourgeois, *«la Convention ne garantit pas à une personne qui a adopté un enfant le droit de mettre fin à cette adoption, ni le droit d'interrompre un lien juridique de filiation ainsi créé»* (§30). Suivant la Cour, l'applicabilité de l'article 8 en l'espèce était incertaine. Si l'article 8 était applicable, a-t-elle toutefois observé, l'absence de consensus européen et la marge de manœuvre ample à reconnaître aux États signataires, conjuguées à la teneur de la Convention européenne en matière d'adoption, permettaient de conclure que le refus opposé à la requérante par les autorités roumaines n'avait **pas violé le prescrit conventionnel**.

5. Adoption sans le consentement des (d'un des) parents

72. Dans son arrêt *Aune c. Norvège* du 28 octobre 2010, la Cour a examiné la situation d'une femme qui avait été privée de ses droits parentaux et dont l'enfant avait pu être adopté sans son consentement par

les parents d'accueil chez qui il avait été placé. La Cour a considéré que la mesure avait une base légale et poursuivait un but légitime de protection de l'enfant. Elle a relevé que la décision des autorités norvégiennes s'inscrivait dans le prolongement d'une longue série de mesures de protection de la jeunesse : l'enfant avait été placé en famille d'accueil à l'âge de six mois d'abord en urgence puis à titre permanent au regard des problèmes de drogues et de soupçons de mauvais traitements graves (§65). Suivant la Cour, la question était celle de savoir si, dans semblable contexte, il était nécessaire dans une société démocratique de remplacer la mesure de placement par une mesure plus radicale de suppression des droits parentaux et d'adoption par les parents d'accueil (§66). La Cour a rappelé sa jurisprudence suivant laquelle le lien entre parent et enfant ne peut être rompu que dans des circonstances exceptionnelles et au regard de l'intérêt de l'enfant (§66). À cet égard, la Cour a relevé que les parents d'accueil avaient élevé l'enfant comme le leur et que l'enfant leur était attaché (§§67 et 69). Par ailleurs, les relations entre la requérante et l'enfant avaient été très limitées, tandis que ses problèmes de drogue n'étaient pas de nature à mettre en doute les conclusions de l'expert et des juridictions internes suivant lesquelles elle restait incapable de prendre en charge l'enfant (§§68 et 70). Il a également été relevé que l'expertise judiciaire avait établi que l'enfant était fragile et avait particulièrement besoin de stabilité et notamment d'être certain qu'il pourrait demeurer auprès de ses parents d'accueil (§70). Enfin, l'adoption par les parents d'accueil correspondait au désir de l'enfant (§72). Dans ce contexte, la Cour a conclu à l'existence de circonstances exceptionnelles susceptibles de justifier la mesure litigieuse (§73). Demeurait le problème particulier du droit au contact de la requérante qui avait pris fin avec l'adoption (§74). La Cour a observé qu'avant et après la mesure litigieuse, les parents d'accueil avaient fait montre de bonne volonté pour maintenir un lien entre l'enfant et sa mère en manière telle que, dans les faits, la requérante n'avait pas perdu tout contact avec l'enfant qui n'avait dès lors pas été «coupé de ses racines» (§78). Suivant la Cour, au regard de l'ensemble de ces éléments, il n'y avait **pas eu de violation de l'article 8 de la Convention** (§§79-80)⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁶⁾ Voy. aussi l'arrêt *Todorova c. Italie* du 13 janvier 2009 (déclaration d'adoptabilité d'un enfant abandonné vingt-sept jours après sa naissance : violation); à propos de cette décision : G. MATHIEU, «Naître parent : Commentaire de l'arrêt *Todorova c. Italie* du 13 janvier 2009», *J. dr. jeun.*, 2009, liv. 287, pp. 30-35.

VI. — Relations parentales : autorité parentale, droit de garde et de visite

73. Dès lors qu'en droit de la Convention européenne, l'enfant «fait la famille»⁽⁸⁷⁾, la protection du lien familial entre parent et enfant est au cœur de l'œuvre jurisprudentielle de la Cour. Non seulement les États ne doivent pas s'immiscer dans cette relation, mais ils doivent au surplus œuvrer à son maintien et à son développement.

A. — Relation parentale et protection de l'enfance⁽⁸⁸⁾

74. La problématique de la protection de l'enfance est évidemment celle dans le cadre de laquelle les autorités sont amenées le plus directement à s'immiscer dans la vie familiale existant entre parents et enfants. Dans le cadre de ce contentieux spécifique, l'arbitrage à opérer est particulièrement délicat. En effet, s'il faut protéger le droit à la vie familiale des parents, c'est essentiellement à un intérêt de l'enfant ambivalent qu'il faut se référer : l'intérêt de l'enfant c'est d'être élevé par ses parents, mais c'est aussi de grandir dans un environnement adéquat (voy. not. l'arrêt *Gnahoré c. France* du 19 septembre 2000). Au regard de la délicatesse de cet exercice de pesée, la Cour a développé, dans une jurisprudence fournie, des exigences substantielles et procédurales qui s'imposent aux États. Celles-ci concernent autant, en amont, la décision de prise en charge par les autorités qu'en aval, la mise en œuvre de cette mesure⁽⁸⁹⁾.

Dans son arrêt *W. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987, la Cour avait pu poser le principe suivant lequel «pour un parent et son enfant être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale» et son corollaire : la mesure de placement n'est conventionnellement acceptable

⁽⁸⁷⁾ N. GALLUS, «La séparation du couple», in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), coll. Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, p. 63.

⁽⁸⁸⁾ En doctrine : A. GOUTTENOIRE-CORNUT, «La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative», in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002, pp. 287-312; A. GOUTTENOIRE, in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et M. LEVINET, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^e éd. Paris, PUF, 2011, pp. 568-580; N. KRIBECHE, «Le placement des enfants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), coll. Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, pp. 113-126.

⁽⁸⁹⁾ N. KRIBECHE, «Le placement des enfants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, pp. 113-114.

que si elle est à la fois justifiée et nécessaire⁽⁹⁰⁾. La Cour alloue aux autorités nationales une large marge d'appréciation s'agissant de la nécessité du placement, mais elle ne renonce pas pour autant à tout contrôle. Ainsi, elle constate la violation de la Convention dans les situations où il n'est pas établi que les enfants sont victimes d'un manque de soin ou de mauvais traitements des parents et où les autorités nationales mettent néanmoins en œuvre une mesure de placement sans envisager d'autres options (par ex. : *Moser c. Autriche*, *Wallova et Walla c. République tchèque* ou *Saviny c. Ukraine*). Dans certains cas, le placement de l'enfant n'est pas seulement acceptable du point de vue de l'article 8, il est également exigé par l'article 3 de la Convention qui protège le droit au respect de l'intégrité physique (voy. l'arrêt *Z et A c. Royaume-Uni* du 10 mai 2001)⁽⁹¹⁾. Dans un arrêt *R.K. et A.K. c. Royaume-Uni* du 30 septembre 2008, la Cour a d'ailleurs consacré une forme de «droit à l'erreur» des autorités nationales, en précisant que les autorités médicales et sociales ont le devoir de protéger les enfants et ne peuvent pas être tenues pour responsables chaque fois qu'une inquiétude honnête et raisonnable par rapport au milieu familial se révèle en définitive non fondée. La mesure de placement doit en tout état de cause faire suite à un processus équitable tant au regard de l'article 6 que de l'article 8 de la Convention. Cela induit notamment que les parents puissent disposer des documents pertinents déposés au dossier et sur lesquels le juge de la

⁽⁹⁰⁾ Arrêt *Saviny c. Ukraine* du 18 décembre 2008 (décision fondée essentiellement sur la cécité des parents : violation); arrêt *R.K. et A.K. c. Royaume-Uni* du 30 septembre 2008 (placement lié à des soupçons de maltraitance finalement levés : non-violation); arrêt *Glesmann c. Allemagne* du 10 janvier 2008 (retrait de l'autorité parentale et limitation au droit au contact de la mère d'un enfant placé : non-violation); arrêt *Havelka et autres c. République tchèque* du 21 juin 2007 (décision fondée essentiellement sur les problèmes financiers du père : violation); arrêt *Wallova et Walla c. République tchèque* du 26 octobre 2006 (décision fondée sur la seule inadéquation du logement : violation); arrêt *Moser c. Autriche* du 21 septembre 2006 (décision fondée sur la seule inadéquation du logement : violation); arrêt *Haase c. Allemagne* du 8 avril 2004 (placement de plusieurs enfants et notamment d'un nouveau-né sans que la nécessité de la mesure soit suffisamment établie : violation); arrêt *Venema c. Pays-Bas* du 17 décembre 2002 (placement lié à des soupçons de syndrome de Munchausen by Proxy : violation); arrêt *Kutzner c. Allemagne* du 26 février 2002 (placement lié aux carences intellectuelles des parents : violation); arrêt *Buchberger c. Autriche* du 20 décembre 2001 (impossibilité pour la mère des enfants placés de réagir aux documents présentés par les services de protection de l'enfance : violation); arrêt de grande chambre *K. et T. c. Finlande* du 12 juillet 2001 (placement dès la naissance et absence de mesures propres à réunir la famille après la prise en charge : violation); arrêt de grande chambre *T.P. et K.M. c. Royaume-Uni* du 10 mai 2001 (placement d'un enfant dans une famille d'accueil : violation); arrêt de grande chambre *Z et autres c. Royaume-Uni* du 10 mai 2001 (absence de placement : violation de l'article 3); arrêt *Bronda c. Italie* du 9 juin 1998 (maintien d'un enfant dans une famille nourricière : non-violation).

⁽⁹¹⁾ A. GOUTTENoire-CORNUT, «La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative», *op. cit.*, pp. 289-297 et 305-311.

mesure de placement est susceptible de se fonder (par ex. : *Buchberger c. Autriche* et *Mc Michael c. Royaume-Uni*)⁽⁹²⁾. Cela induit aussi que le processus décisionnel ne soit pas d'une longueur excessive, compte tenu de l'attitude des parties et de la complexité de chaque affaire : de la même manière qu'une procédure de divorce trop longue, une procédure de protection de la jeunesse excessivement longue peut induire une violation de la Convention, les autorités nationales ayant, au regard de l'enjeu, l'obligation d'être particulièrement diligentes (*Bronda c. Italie*)⁽⁹³⁾.

Si la décision de placement apparaît nécessaire dans une société démocratique, il faut encore, pour que l'attitude étatique soit considérée conforme au prescrit conventionnel, que la mesure considérée n'empêche pas le maintien du lien parental et soit au contraire orientée vers sa réfection. Comme le souligne Adeline Gouttenoire, «*la Cour européenne exerce en principe un contrôle plus rigoureux sur les modalités d'exécution de la mesure de placement*»⁽⁹⁴⁾. Ce contrôle plus rigoureux portera en particulier, au plan substantiel, sur les modalités du placement : maintien de la fratrie, possibilités de visites, contacts écrits et téléphoniques,... (par ex. : *Clemeno et autres c. Italie* et *Roda et Bonfatti c. Italie*) et, au plan procédural, sur l'existence de possibilités pour les parents de solliciter non seulement la mainlevée du placement, mais également, en attendant celle-ci, l'élargissement des visites et contacts (voy. *Eriksson c. Suède* et *W c. Royaume-Uni*)⁽⁹⁵⁾. En tout état de cause, comme l'a souligné la grande

⁽⁹²⁾ Arrêt *Covezzi et Morselli c. Italie* du 9 mai 2003 (implication insuffisante des parents dans le processus décisionnel : violation); arrêt *Buchberger c. Autriche* du 20 décembre 2001 (impossibilité pour la mère des enfants placés de réagir aux documents présentés par les services de protection de l'enfance : violation); arrêt *Bronda c. Italie* du 9 juin 1998 (longueur de la procédure : violation); arrêt *McMichael c. Royaume-Uni* du 24 février 1995 (impossibilité d'accéder à des documents déposés dans le dossier : violation); arrêt *W. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987 (implication insuffisante du père dans un processus décisionnel trop long : violation).

⁽⁹³⁾ A. GOUTTENOIRE-CORNUT, «La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative», *op. cit.*, pp. 289; N. KRIBECHE, «Le placement des enfants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, pp. 113-126.

⁽⁹⁴⁾ A. GOUTTENOIRE-CORNUT, «La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative», *op. cit.*, pp. 297-302 et 311-312.

⁽⁹⁵⁾ Arrêt *Clemeno et autres c. Italie* du 21 octobre 2008 (absence de contacts et déclaration d'adoptabilité : violation); arrêt *Roda et Bonfatti c. Italie* du 21 novembre 2006 (suppression des contacts avec la mère et le frère : violation); décision *Zakharova c. France* du 13 décembre 2005 (placement avec maintien des contacts et dynamique de reconstruction : manifestement mal fondé); décision *Dewinne c. Belgique* du 10 mars 2005 (placement temporaire et mesures d'accompagnement : manifestement mal fondé); arrêt *Couillard Maugery c. France* du 1^{er} juillet 2004 (placement avec suivi régulier et rapprochement progressif malgré l'absence de coopération de la mère : non-violation); décision *Bertrand c. France* du 19 février 2002 (maintien du placement avec réévaluation régulière : manifestement mal fondé); arrêt *Kutzner c. Allemagne* du 26 février 2002 (séparation de la fratrie et absence de droit de visite des parents : violation); arrêt de grande chambre *K. et T.*

chambre dans son arrêt *K.T. c. Finlande* du 12 juillet 2001, il échet de mettre fin à la mesure dès que possible puisque le but ultime du placement doit être la réunion de la famille⁽⁹⁶⁾.

1. *L'arrêt Vautier c. France comme modèle de l'attitude requise des autorités nationales*

75. La Cour a pu rendre le 26 novembre 2009 un **arrêt de non-violation** dans une affaire *Vautier c. France*. Elle a ainsi pu constater que le placement de deux petites filles rencontrait les exigences de l'article 8 de la Convention. Après que la mère des deux fillettes avait écrit au juge des enfants pour accuser leur père «d'être un tueur», une mesure d'investigation et d'orientation avait été décrétée. Celle-ci avait révélé que la mère des enfants, qui souffrait d'un cancer, présentait par ailleurs d'importants troubles de la personnalité et que les enfants étaient en danger auprès d'elle. Une mesure d'accompagnement au sein du milieu familial avait alors été mise en œuvre puis remplacée par une mesure d'éloignement à raison de l'attitude de la mère. Après que celle-ci avait fait irruption au lieu de résidence des filles, il avait même été décidé que celui-ci lui demeurerait inconnu. Madame Vautier avait – sans succès – fait appel de ces différentes décisions. Des contacts avec les enfants avaient pu être maintenus, sous la forme d'un «droit de visite médiatisé», de contacts téléphoniques et d'échanges de correspondances. Une nouvelle évaluation psychologique avait toutefois subséquemment montré que la mesure de placement n'était pas efficace pour les petites filles et le juge français avait ordonné la remise des enfants à leur mère en pointant que l'attitude de celle-ci n'avait certainement pas favorisé le travail des intervenants. Le Procureur de la République avait fait appel de cette dernière décision. La cour d'appel d'Orléans l'avait néanmoins confirmée, dès lors qu'aucun signalement de difficulté n'avait été fait depuis la remise des filles à leur mère, tandis que les relations entre parents semblaient s'être apaisées.

c. Finlande du 12 juillet 2001 (placement dès la naissance et absence de mesures propres à réunir la famille après la prise en charge : violation); arrêt *Gnahoré c. France* du 19 septembre 2000 (restrictions au droit de visite : non-violation); arrêt de grande chambre *Scozzari et Giunta* du 13 juillet 2000 (gestion de la reprise des contacts par les services sociaux : violation); arrêt *Johansen c. Norvège* du 7 août 1996 (suppression des droits parentaux et des visites : violation); arrêt *Olsson c. Suède* du 27 novembre 1992 (restrictions au droit de visite : non-violation); arrêt *Eriksson c. Suède* du 22 juin 1989 (séance plénière) (absence de droit de visite : violation); arrêt *Olsson c. Suède* du 24 mars 1988 (séance plénière) (éclatement de la fratrie et restriction au droit de visite : violation); arrêt *W. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987 (impossibilité de contester les modalités du droit de visite : violation).

⁽⁹⁶⁾ A. GOUTTENoire-CORNUT, «La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative», *op. cit.*, pp. 289-297.

Dans cette affaire, la Cour a scrupuleusement passé l'attitude des autorités françaises au crible des exigences substantielles et procédurales de l'article 8. Le placement n'avait été décrété qu'après qu'une expertise psychologique avait conclu à sa nécessité et avait par ailleurs été précédé d'une mesure d'accompagnement en milieu familial (§§67-68). La situation avait été régulièrement réexaminée (§71) et les contacts entre les enfants et leur mère avaient été maintenus de différentes manières (visites, téléphone, correspondance), les autorités nationales ayant néanmoins été amenées à tenter de canaliser les apparitions imprévues et spectaculaires de la requérante (§§69-70). *In fine*, et dès lors qu'il était apparu que la mesure mise en place ne réalisait pas l'objectif de sécurisation qui était le sien, les enfants avaient été remis à leur mère, même si son attitude était vraisemblablement l'une des explications de l'échec du processus (§75). La Cour a donc constaté que **la Convention n'avait pas été violée** (§77)⁽⁹⁷⁾.

2. La décision de placement : entre ingérence et obligation

76. La Cour a été amenée à se prononcer, dans une affaire *M. et C. c. Roumanie* qui a donné lieu à un arrêt du 27 septembre 2011, sur la requête déposée par une ressortissante roumaine en son nom personnel et au nom de son enfant mineur relativement au traitement par les autorités des plaintes qu'elle avait articulées à l'endroit de son ex-mari à raison de prétendus abus sexuels perpétrés par celui-ci sur l'enfant. La Cour a veillé à préciser, dans un paragraphe séparé relatif à la portée de son examen, que sa tâche était d'examiner si les manquements allégués dans l'investigation constituaient une violation des obligations qui découlent pour les États des articles 3 et 8 de la Convention (§106). En l'espèce, dans le contexte d'une séparation conjugale, la mère prétendait que l'enfant avait été abusé par son père, tandis que le père mettait en évidence l'impact néfaste de l'appartenance de la mère aux Témoins de Jéhovah. Les institutions de protection de la jeunesse avaient procédé au placement de l'enfant, avec droit de visite pour chacun des parents, et à des investigations complémentaires : examens physiques et psychologiques, auditions de témoins. L'enfant présentait effectivement les stigmates d'abus, mais ces marques pouvaient s'interpréter de diverses manières. Les témoins présentés par l'un et l'autre parent se contredisaient tandis que les déclarations de la requérante et du père de l'enfant (avec détecteur de mensonge) permettaient de croire que la mère avait orchestré une mise en scène afin de priver le père de tout contact avec l'enfant. Il s'agissait donc d'une

⁽⁹⁷⁾ Voy. également, pour un autre exemple de validation de l'attitude des autorités étatiques, l'arrêt *V. c. Slovénie* du 1^{er} décembre 2011.

problématique particulièrement sensible et compliquée. En fin de compte, le parquet n'avait pas mis en œuvre de poursuite à l'encontre du père dans la mesure où l'on ne disposait pas d'éléments suffisamment probants pour ce faire (§55). La Cour a reconnu que les autorités roumaines avaient d'emblée mis l'enfant à l'abri et que subséquemment des expertises médicales et psychologiques avaient été mises en œuvre et des témoins entendus (§114). Elle a également relevé que la problématique à laquelle se trouvaient confrontées ces mêmes autorités était éminemment complexe (§115). Cependant, elle a pointé différentes mesures tout à fait concrètes qui auraient dû, en l'espèce, être prises : examen complémentaire de certains aspects du dossier ou d'hypothèses alternatives,... (§116). Sur cette base, la Cour a jugé que **la Roumanie n'avait pas rempli l'obligation positive qui lui incombait sur pied des articles 3 et 8 de la Convention** ⁽⁹⁸⁾.

77. Dans un arrêt *M.P. et autres c. Bulgarie* du 15 novembre 2011, la Cour a par contre conclu à la **non-violation de la Convention**. Les requérants étaient le père et la grand-mère maternelle d'un enfant et alléguaient que les autorités bulgares n'avaient pas fait montre de la diligence requise face aux abus sexuels dont cet enfant avait été victime. L'enfant était hébergé par sa mère conformément à une décision judiciaire et l'auteur des abus supposé était le nouveau compagnon de celle-ci. La Cour a relevé que les autorités nationales avaient mis en œuvre des procédures pénales immédiatement et sollicité l'intervention de spécialistes (§111). Les juridictions internes avaient subséquemment entendu de nombreuses personnes et avaient jugé la crédibilité de leurs propos, sans toutefois pouvoir parvenir à établir suffisamment la réalité des abus (§112). En particulier, les blessures de l'enfant pouvaient, suivant certains experts, correspondre à des abus perpétrés sur lui, mais pouvaient tout autant, selon d'autres experts, correspondre à une affection médicale. En outre, le témoignage de l'enfant, très jeune, qui expliquait avoir subi des attouchements, devait être appréhendé avec circonspection dès lors que certains experts le considéraient crédible et d'autres pas (§112). Au regard de ces différents éléments, la Cour a considéré n'être pas en position de juger que les autorités nationales avaient fait montre de négligence au regard de leurs

⁽⁹⁸⁾ Le juge Myjer dans son opinion dissidente adjointe à l'arrêt de la Cour signale qu'il considère comme la Cour que les autorités nationales avaient d'ores et déjà mis en œuvre un certain nombre d'options pour découvrir la vérité et qu'il relève comme elle la difficulté d'atteindre cette vérité. Dans ce contexte, il estime inadéquat la manière de procéder de la Cour qui pointe les mesures que les autorités roumaines auraient dû prendre en plus. Pour lui ce type de raisonnement n'est praticable que lorsque les autorités ont omis de mettre en œuvre des mesures évidentes, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. En l'occurrence, la Cour aurait joué à tort le rôle d'une quatrième instance, alors qu'elle n'a même pas le bénéfice d'un contact direct avec les parties concernées.

obligations découlant des articles 3 et 8 de la Convention (§114). La Cour a à cet égard particulièrement souligné l'implication des services sociaux dans le suivi de l'enfant et les rapports de ces mêmes services suivant lesquels l'environnement familial de l'enfant était adéquat (§114). En outre, au regard de la complexité de l'affaire et des conclusions finalement atteintes, ni la longueur de la procédure (§117), ni le refus des autorités de soustraire l'enfant au foyer maternel (§§115-116) ne constituait une violation de la Convention (§118).

3. L'exécution de la mesure de placement : le contrôle rigoureux des limitations supplémentaires

78. Dans l'affaire *A.D. et O.D. c. Royaume-Uni* du 16 mars 2010, la Cour a rappelé que si l'État a une large marge d'appréciation s'agissant de la décision de placer un enfant, il y a lieu d'être très attentif à toute limitation supplémentaire (§83). Elle a également rappelé sa jurisprudence *R.K. et A.K.* suivant laquelle la circonstance que les professionnels de l'enfance ont commis une erreur préjudiciable n'induit pas *ipso facto* une violation de la Convention (§84). En l'occurrence, comme dans l'affaire *R.K. et A.K.*, les médecins avaient mis les services sociaux au courant de fractures vraisemblablement non accidentelles présentées par un enfant. Les autorités considérées avaient saisi les tribunaux britanniques qui avaient pris un *interim care order* au titre duquel la mère, son compagnon et l'enfant avaient dû quitter leur lieu de vie pour s'installer dans un centre à Bristol. Ils y étaient restés durant douze semaines avant que l'enfant soit placé en famille d'accueil, dès lors que les autorités estimaient devoir réaliser d'autres évaluations. Le placement avait duré quatre mois, aux termes desquels l'enfant avait été remis à sa mère et au compagnon de celle-ci. Comme dans l'affaire *R.K. et A.K.*, de nouvelles fractures étaient apparues durant le placement et avaient fait apparaître que l'enfant souffrait d'ostéogenèse imparfaite (la «maladie des os de verre»). La Cour a considéré, comme elle l'avait fait dans l'affaire *R.K. et A.K.*, qu'il ne pouvait pas être reproché aux autorités de n'avoir pas diagnostiqué plus tôt la maladie (§§86-87). Cependant, elle n'a pas pu renouveler le brevet de conventionalité qui avait été décerné au Royaume-Uni dans cette précédente affaire, dès lors que le processus initié à raison des inquiétudes – légitimes – relatives à l'enfant, n'avait pas rencontré les exigences de la Convention, singulièrement au plan des limitations supplémentaires imposées par les autorités. Ainsi, toute la famille avait été déplacée dans un centre situé loin de son lieu de vie durant douze semaines. Ensuite, l'enfant avait été placé pour qu'il soit procédé à de nouvelles évaluations qui auraient tout aussi bien pu intervenir plus tôt et/ou dans le centre où la

famille vivait ensemble. La possibilité de placer l'enfant au sein de sa famille n'avait pas été suffisamment envisagée et quand finalement la maladie des os de verre avait été diagnostiquée six semaines s'étaient encore écoulées avant que l'enfant réintègre son foyer (§§88-90). Ce n'est donc pas la décision de prise en charge de l'enfant qui a posé problème, mais bien le traitement inadéquat du dossier dans le sillage de cette décision. Suivant la Cour, les autorités britanniques avaient «étendu et exacerbé» l'ingérence dans la vie familiale de la mère et de son enfant d'une manière non proportionnée au but légitime de protéger l'enfant (§92). **La Convention avait donc été violée.**

B. — *Relation parentale et séparation conjugale* ⁽⁹⁹⁾

79. Lorsque le juge interne doit statuer sur l'attribution de l'autorité parentale ou sur le principe et l'ampleur des droits de garde et de visite, sa tâche n'est certainement pas non plus aisée et le risque d'atteinte aux droits garantis par la Convention n'est pas moindre. Comme le souligne Nicole Gallus, «après divorce ou cessation de la vie commune, la vie familiale se poursuit sous la forme du lien entre l'enfant et chacun de ses parents et le droit national doit permettre la poursuite de relations personnelles étroites entre eux» ⁽¹⁰⁰⁾. Dans son arrêt *Fourchon c. France* du 28 septembre 2005, la Cour a d'ailleurs expressément précisé que «la vie familiale des parents avec leurs enfants ne prend pas fin avec le divorce, et l'article 8 (...) inclut le droit pour le parent divorcé non investi du droit de garde de rendre visite à son enfant ou d'avoir des contacts avec lui».

Chaque parent se trouve donc bénéficiaire d'un droit égal au maintien de relations étroites avec l'enfant et seules des considérations impérieuses liées à l'intérêt de ce dernier peuvent justifier la limitation ou la suppression de ces relations. En outre, les décisions relatives au droit de garde et de visite ne peuvent se fonder sur des motifs discriminatoires, comme le souligne suffisamment l'article 5 du Protocole n° 7 à la Conven-

⁽⁹⁹⁾ En doctrine : P. BOUCAUD, «Le droit aux contacts familiaux sous le prisme des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme», note sous Cour eur. D.H., arrêt *Plasse-Bauer c. France* du 28 février 2006, *Rev. trim. dr. h.*, 2007, pp. 509-520; N. GALLUS, «Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. dr. U.L.B.*, 2005, liv. 2, pp. 13-68; N. GALLUS, «La séparation du couple», *op. cit.*, pp. 55-87; A. GOUTTENOIRE, «La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Informations sociales*, 2008/5, n° 149, pp. 40-51; J. HAUSER, «L'égalité des parents en cas de séparation», in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002, pp. 315-334; C. PETTITI, «L'égalité entre époux», in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), coll. Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, pp. 145-168.

⁽¹⁰⁰⁾ N. GALLUS, «La séparation du couple», *op. cit.*, p. 63.

tion suivant lequel «les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution» étant entendu que «le présent article n'empêche pas les États de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants»⁽¹⁰¹⁾. La Cour a dans ce contexte d'ores et déjà pu conclure à la violation de la Convention dans des situations où le statut conjugal d'un des parents (voy. l'arrêt *Sahin c. Allemagne* du 8 juillet 2003), ses orientations sexuelles (voy. l'arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999) ou ses orientations philosophico-religieuses (voy. l'arrêt *Hoffmann c. Autriche* du 23 juin 1993) motivaient l'attribution de l'autorité parentale à l'autre parent ou fondaient la limitation ou l'absence de droit de visite.

S'il faut donc des raisons pertinentes et suffisantes liées à l'intérêt de l'enfant pour limiter ou supprimer la relation parentale, il faut également, comme en matière de protection de l'enfance, que le processus décisionnel qui aboutit à la décision sur l'autorité parentale, le droit de garde et de visite, présente les qualités requises, notamment en termes de durée (voy. par ex. l'arrêt *Nuutinen c. Finlande* du 27 juin 2000), tant par l'article 6 que par l'article 8 – dans son versant procédural – de la Convention⁽¹⁰²⁾. Enfin, il revient aux autorités nationales d'assurer l'effectivité de la décision relative au droit de garde ou de visite, le cas échéant en mettant en œuvre des mesures d'accompagnement et même si le recours à la coercition doit *a priori* être écarté (voy. l'arrêt *Volesky c. République tchèque* du 29 juin 2004).

1. La détermination des modalités de garde ou de visite : le principe du maintien du lien⁽¹⁰³⁾

80. Dans l'affaire *Mustafa et Armagan Akin c. Turquie* qui a donné lieu à un arrêt du 6 avril 2010, la Cour a été amenée à examiner l'attitude des autorités turques dans le cadre de la détermination des modalités de garde de deux enfants suite à la séparation et au divorce de leurs parents. Le requérant et sa femme avaient divorcé et, dans le cadre de la procédure en divorce, le tribunal d'Odemis avait décidé, au regard des ressources des

⁽¹⁰¹⁾ J. HAUSER, «L'égalité des parents en cas de séparation», *op. cit.*, pp. 327-334; C. PETTITI, «L'égalité entre époux», *op. cit.*, pp. 145-168.

⁽¹⁰²⁾ N. GALLUS, «La séparation du couple», *op. cit.*, p. 76.

⁽¹⁰³⁾ Arrêt *Hunt c. Ukraine* du 7 décembre 2006 (suppression des droits parentaux du père : violation); arrêt *C. c. Finlande* du 9 mai 2006 (garde confiée à la compagne de la mère décédée plutôt qu'au père conformément au souhait des enfants : violation); arrêt *Süss c. Allemagne* du 10 novembre 2005 (décision judiciaire suspendant le droit au contact d'un parent à la demande de l'autre : non-violation); arrêt *Fourchon c. France* 28 septembre 2005 (non-sanction de la non-représentation de l'enfant : non-violation); rapport *Hendriks c. Pays-Bas* du 8 mars 1982 (refus du droit de visite en raison du conflit entre parents : non-violation).

parties et de l'âge des enfants, de confier à chacun des deux ex-époux la garde de l'un des deux enfants communs. Il était également prévu que les parents s'échangent les enfants durant une partie des périodes de congé. Dès lors, les deux enfants n'étaient jamais hébergés ensemble par le même parent. Le requérant avait formé sans succès différents recours contre cette décision et sollicité notamment que chacun des parents puisse héberger les deux enfants ensemble un week-end sur deux, cela pour que soit maintenu le lien fraternel entre eux⁽¹⁰⁴⁾. La Cour a d'entrée de jeu relevé l'existence d'une vie familiale entre le père et ses enfants de même qu'entre les deux enfants, Armagan et Damla (§19). Elle a rappelé que sa jurisprudence exige la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant et que les décisions prises en la matière s'appuient sur des éléments suffisants (témoignages, rapport des autorités, expertises) et prennent en considérations les perceptions des personnes concernées, y compris les enfants eux-mêmes (§22). À cet égard, la Cour a pointé d'emblée qu'aucun des parents n'avait sollicité la mise en œuvre d'un système où chacun des parents hébergerait un des enfants et où les relations de fratrie seraient rompues (la mère avait sollicité l'hébergement des deux enfants) (§23). La Cour a rejeté l'argument du gouvernement suivant lequel les enfants, habitant dans le même quartier, étaient amenés à se rencontrer régulièrement. En effet, à son estime, un aspect aussi important ne peut pas être délaissé à la discrétion des parties. En l'espèce, d'ailleurs, il n'était pas contesté que la mère des enfants empêchait aux enfants de se parler lorsqu'ils se croisaient (§24). La Cour a également rejeté l'argument du gouvernement suivant lequel le système proposé par le requérant aurait impliqué «*des changements continuels d'environnement et des variations dans la discipline*» (§25). En outre, les juridictions turques n'avaient pas appuyé leur décision sur des éléments pertinents ni même recueilli la perception des enfants (§§27-28). Bien plus, les juridictions turques n'avaient pas répondu aux arguments du requérant articulés sur leur propre jurisprudence qui préconise le maintien des liens de fratrie dans le cadre des séparations conjugales (§§27 et 29). Au regard de ces considérations, la Cour a considéré que **la Turquie n'avait en l'espèce pas rempli ses obligations positives** (§30).

81. Dans son arrêt *Gluhakovic c. Croatie* du 12 avril 2011, la Cour a statué sur une situation dans laquelle le droit d'hébergement d'un père avait été fixé sans égard pour ses horaires professionnels particuliers. En l'espèce, le requérant et sa femme s'étaient séparés quelques mois après leur mariage, alors que l'épouse du requérant attendait un enfant. Diffé-

⁽¹⁰⁴⁾ Suivant les juges internes, une telle organisation aurait induit des changements d'environnement continuels et des variations dans la discipline (§11).

rentes procédures étaient intervenues relativement aux contacts entre le requérant et l'enfant commun. Le requérant avait fait valoir qu'il travaillait en Italie et avait un horaire particulier suivant lequel il travaillait trois jours complets puis était en congé le quatrième jour. Il avait dès lors sollicité de pouvoir rencontrer sa fille tous les quatre jours. Aux termes de décisions successives, les juridictions internes avaient fixé le droit au contact du requérant tous les jeudis pendant deux heures en présence d'un tiers, puis une fois par semaine au *welfare center*, puis tous les jeudis audit centre et, enfin, une fois par semaine à un endroit non spécifié. La Cour a relevé que le principe des contacts entre le requérant et sa fille n'avait jamais réellement posé question (§§61-62), mais a rappelé que la Convention ne protégeait pas des droits théoriques ou illusoire, mais effectifs et concrets en manière telle qu'il revenait aux autorités croates de s'assurer que le requérant puisse exercer son droit au contact de manière effective (§63). Or, la Cour a relevé que les arguments présentés par le requérant relativement à son horaire professionnel avaient été constamment ignorés par les juridictions nationales (§65) qui n'avaient jamais dès lors explicité en quoi il était impossible d'harmoniser le droit aux contacts du requérant et ses horaires professionnels spécifiques (§69). La Cour a encore relevé qu'à raison d'un manque de place au *welfare center* le requérant avait dû rencontrer sa fille dans la cuisine ou bien dans le bureau d'un employé avant qu'il ne soit plus possible de la rencontrer que dans le couloir (§§72 et 76). Au regard de ces différents éléments, les contacts entre le requérant et sa fille étaient interrompus depuis juillet 2007 (§78). Suivant la Cour, **la Croatie n'avait pas respecté ses obligations** conventionnelles et il y avait eu une violation de l'article 8 (§§79-80).

82. Dans un arrêt *Diamante et Pelliccioni c. Saint-Marin*⁽¹⁰⁵⁾ du 27 septembre 2011, la Cour a validé l'attitude prise par les autorités saint-marinaises dans le cadre d'un litige entre parents séparés relatif à la garde de leur enfant commun. La mère de l'enfant, requérante à Strasbourg, faisait valoir que les décisions successives des juridictions internes avaient violé son droit au respect de la vie familiale. Les juridictions internes avaient dans un premier temps confié l'enfant à sa mère et permis à celle-ci de l'emmener vivre avec elle à Rimini, en Italie. Cependant, après que le père avait exprimé les difficultés qu'il avait rencontrées avec sa fille en raison de l'attitude de la requérante, les juges nationaux avaient pris le parti de modifier les modalités de garde de l'enfant et d'ordonner qu'il revienne vivre avec son père à Saint-Marin. Un droit de visite sous surveillance avait été alloué à la requérante et progressivement élargi. La Cour s'est penchée, dans

⁽¹⁰⁵⁾ Cette affaire a fait l'objet d'une demande de renvoi devant la grande chambre.

un premier temps, sur les motivations avancées par les juridictions internes pour justifier les décisions prises et, dans un second temps, sur le déroulement de la procédure. Aux yeux de la Cour, les décisions prises par les juges saint-marinais avaient été prises par égard à l'intérêt supérieur de l'enfant et se justifiaient notamment au regard d'un risque d'abus psychologique dans le milieu maternel et singulièrement de la possibilité du développement d'un syndrome d'aliénation parentale (§185). Au plan procédural, la requérante avait eu la possibilité de présenter ses positionnements (§188) et avait eu accès aux documents pertinents (§190) en manière telle que la Cour a conclu à l'absence de violation de la Convention (§193)⁽¹⁰⁶⁾.

83. Dans un arrêt *Bergmann c. République tchèque* du 27 octobre 2011, la Cour a constaté une violation de la Convention dans une situation où le père d'un enfant se trouvait empêché par la mère de celui-ci de le rencontrer. Il avait, certes, obtenu un droit de visite provisoire, mais celui-ci n'avait pas été exécuté. La décision de fond était intervenue tardivement et avait dénié au requérant tout contact avec son fils. La Cour a relevé que dans cette affaire où les difficultés étaient essentiellement liées aux relations hostiles entre parents, ni le tribunal, ni les services sociaux n'avaient pris d'initiative significative de médiation ou de suivi dans le but de résoudre les tensions considérées (§§60-61). Suivant la Cour, c'était finalement l'écoulement du temps qui avait déterminé l'issue de cette cause, ce qui n'était pas acceptable (§62). Elle a particulièrement souligné que le manque de coopération d'un des parents ou la complexité d'une affaire ne déchargeaient pas l'État de ses obligations internationales (§62). Suivant la Cour une décision aussi radicale que celle qui interdit à un parent tout contact avec son enfant ne peut intervenir qu'après qu'aient été tentées d'autres options orientées vers la réfection du lien comme une thérapie familiale ou l'organisation de rencontres au sein d'une structure spécialisée (§62). La Cour a enfin souligné que cette espèce se distinguait de l'affaire *Sommerfeld* dans laquelle la Cour avait validé les décisions internes supprimant les contacts au regard notamment de l'opinion clairement négative exprimée par l'enfant relativement au parent qui sollicitait ces contacts. Ainsi, l'enfant était ici âgé d'un an au début de la procédure

⁽¹⁰⁶⁾ Voy. cependant l'opinion dissidente du juge Ziemele à laquelle s'est rallié le juge Tsotsoria : à leur estime, l'article 8 avait été violé à la fois dans son versant substantiel et dans son versant procédural. D'une part, les derniers rapports sur l'enfant rendaient compte de ce que «son caractère s'était détérioré» après qu'il avait été confié au père. D'autre part, les rapports en profondeur relatifs au bien-être de l'enfant n'étaient intervenus que fort tard dans la procédure tandis que la requérante n'avait pas pu être représentée par son avocat habituel lors de l'audience décisive de février 2008 suite à laquelle la résidence de l'enfant avait été fixée à Saint-Marin.

et de cinq ans au terme de celle-ci et n'était dès lors pas en mesure d'exprimer son avis (§62). Au regard de l'ensemble de ces éléments, la Cour a considéré que **l'article 8 de la Convention avait été violé**⁽¹⁰⁷⁾.

2. *Procédure et exécution des décisions : la recherche de l'effectivité*⁽¹⁰⁸⁾

84. Dans un arrêt *Eberhard et M. c. Slovénie* du 1^{er} décembre 2009, la Cour a examiné l'attitude des autorités slovènes face à l'impossibilité pour le père d'un enfant d'exercer effectivement son droit de visite à raison de l'attitude de la mère. Après avoir rappelé les traits saillants de sa jurisprudence en la matière (§§125-130), la Cour a conclu à la **violation de l'article 8 de la Convention**. Elle a notamment relevé que l'argument du gouvernement slovène suivant lequel le requérant n'aurait pas eu de droit à la vie familiale relativement à son fils dès lors qu'il ne s'était pas acquitté de ses obligations alimentaires à l'égard de l'enfant n'était pas pertinent (§131). La Cour a ensuite pointé que le requérant avait vu d'emblée consacré son droit à maintenir des contacts avec l'enfant par les autorités nationales, mais que ce droit n'avait jamais pu être exercé, à raison du manque de diligence de ces mêmes autorités. Le droit aux contacts du père initialement fixé dans le cadre d'une procédure administrative était ainsi resté inexécuté par la mère de l'enfant durant près de quatre ans, tandis que les sanctions, notamment financières, prévues n'avaient pas été mises en œuvre par les autorités slovènes, cela malgré les demandes répétées du requérant (§132). La Cour a rappelé que l'attitude non coopérative de la

⁽¹⁰⁷⁾ Voy. aussi les arrêts de violation *S.I. c. Slovénie* du 13 octobre 2011, *Kuscuoglu c. Turquie* du 3 novembre 2011 et *Cengiz Kilic c. Turquie* du 6 décembre 2011 (durée excessive des procédures et inexécution des décisions).

⁽¹⁰⁸⁾ Arrêt *Bevacqua c. Bulgarie* du 12 juin 2008 (absence de décision sur la garde dans un contexte de violences du père à l'égard de la mère : violation); arrêt *V.A.M. c. Serbie* du 13 mars 2007 (non-exécution du droit de visite : violation); arrêt *Zavrel c. République tchèque* du 18 janvier 2007 (non-exécution du droit de visite : violation); arrêt *Kriz c. République tchèque* du 9 janvier 2007; (non-exécution du droit de visite : violation); arrêt *Plasse-Bauer c. France* du 28 février 2006 (impossibilité d'encadrer le droit de visite de la mère : violation); arrêt *Reigado Ramos c. Portugal* du 22 novembre 2005 (non-exécution du droit de visite : violation); arrêt *Siemianowski c. Pologne* du 6 septembre 2005 (non-exécution du droit de visite : non-violation); arrêt *Bove c. Italie* du 30 juin 2005 (non-exécution du droit de visite : violation); arrêt *Volesky c. République tchèque* du 29 juin 2004 (durée excessive de la procédure : violation; non-exécution du droit de visite : non-violation); arrêt *Zawadka c. Pologne* du 23 juin 2005 (non-exécution du droit de visite : violation); arrêt *Sophia Gudrun Hansen c. Turquie* du 23 septembre 2003 (non-exécution du droit de visite : violation); arrêt *Glaser c. Royaume-Uni* du 19 septembre 2000 (durée de la procédure : non-violation; non-exécution du droit de visite : non-violation); arrêt *Nuutinen c. Finlande* du 27 juin 2000 (durée excessive de la procédure : violation; non-exécution du droit de visite : non-violation); arrêt *Hokkanen c. Finlande* du 23 septembre 1994 (inaction des autorités s'agissant de la mise en œuvre du droit de visite du père : violation).

mère de l'enfant n'exonérait en aucun cas l'État défendeur de sa responsabilité internationale (§133). Elle a précisé à cet égard que des amendes étaient prévues en droit interne qui n'avaient pas été mises en œuvre par les autorités slovènes (§135) et que par ailleurs aucune autre mesure, coercitive ou préparatoire, n'avait été mise en place par lesdites autorités pour permettre la réunion du père et de son enfant (§136). Suivant la Cour, il revient à chaque État de se pourvoir des moyens nécessaires pour remplir ses obligations positives en la matière (§134). Au regard de l'ensemble de ces considérations, la Cour a considéré que la Slovénie n'avait pas fait les efforts adéquats pour assurer l'exécution de la décision rendue relativement au droit de visite (§137). S'agissant d'autres procédures relatives à la garde parallèlement mises en œuvre par le père de l'enfant, devant les juridictions judiciaires (après qu'une évolution législative avait confié à celles-ci les litiges relatifs aux droits au contact), la Cour a constaté que plusieurs années s'étaient écoulées sans qu'une décision soit prise (§§138-139), alors que les circonstances de la cause n'étaient pas d'une complexité susceptible de justifier un retard particulier (§§140-141). Suivant la Cour, la longueur du processus considéré contrevenait aux exigences procédurales induites par l'article 8 de la Convention (§142). Au regard de l'ensemble de ces éléments, la Cour a conclu à la **violation de l'article 8**.

3. Différence de traitement fondée sur le statut conjugal : le père non marié ⁽¹⁰⁹⁾

85. Dans une affaire *Zaunegger c. Allemagne* soldée par un arrêt du 3 décembre 2009, la Cour s'est penchée sur la situation d'un père non marié séparé de la mère de l'enfant et dépourvu d'autorité parentale à l'égard de celui-ci. Le requérant avait eu un enfant hors mariage avec une femme et à défaut pour les parents d'avoir fait une déclaration d'exercice conjoint de l'autorité parentale, la mère de l'enfant avait obtenu l'autorité parentale exclusive conformément au prescrit de l'article 1626a, §2, du Code civil allemand. La question des contacts entre le père et son enfant était devenue par ailleurs difficile entre les parents et le requérant avait saisi la justice pour obtenir une ordonnance d'exercice conjoint de l'auto-

⁽¹⁰⁹⁾ Arrêt *P.M. c. Royaume-Uni* du 19 juillet 2005 (différence entre père marié et non marié en termes de déductibilité fiscale des pensions alimentaires : violation); arrêt de grande chambre *Sahin c. Allemagne* du 8 juillet 2003 (décision judiciaire de refus du droit de visite au père non marié : violation); arrêt de grande chambre *Sommerfeld c. Allemagne* du 8 juillet 2003 (décision judiciaire de refus du droit de visite au père non marié : violation); arrêt *Hoppe c. Allemagne* du 5 décembre 2002 (refus de la demande d'exercice conjoint de l'autorité parentale du père non marié : non-violation).

rité parentale. Le tribunal de Cologne puis la cour d'appel de Cologne avaient refusé de faire droit à sa demande dès lors qu'aucune base légale ne le leur permettait. Le recours mis en œuvre par le requérant devant la Cour constitutionnelle avait également échoué. Suivant le requérant, l'impossibilité d'obtenir l'exercice conjoint de l'autorité parentale constituait une atteinte à son droit à la vie privée et familiale et induisait au demeurant entre pères non mariés et pères divorcés une discrimination fondée sur le sexe (*sic*) (§28). La Cour a souhaité examiner l'affaire en premier lieu sous l'angle de la discrimination (§34). Elle a rappelé que l'existence d'une vie familiale était d'abord une question de fait (§37) et que pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale (§38). La Cour a alors relevé que le requérant avait reconnu sa fille dès sa naissance et avait vécu avec l'enfant et sa mère durant plus de deux ans et que, depuis la séparation, il bénéficiait d'un droit de visite et d'hébergement étendu et subvenait à ses besoins quotidiens (§39). Dans ce contexte, il existait bel et bien une vie familiale protégée par l'article 8 et les décisions des juridictions nationales relativement à l'autorité parentale s'analysaient en une ingérence dans celle-ci (§40). La Cour a rappelé que *«lorsqu'elle est saisie de requêtes individuelles, elle n'a pas pour tâche d'examiner la législation interne dans l'abstrait, mais doit se pencher sur la manière dont cette législation a été appliquée au requérant dans le cas d'espèce et trancher la question de savoir si elle a abouti à l'égard du requérant à une différence de traitement injustifiée»* (§45). Elle a ensuite relevé qu'en l'espèce, les juridictions internes s'étaient fondées sur l'idée, dégagée par la Cour constitutionnelle allemande, suivant laquelle *«le bien-être de l'enfant (exige) qu'une personne soit désignée à sa naissance pour accomplir en son nom les actes juridiques nécessaires»* et *«compte tenu de la diversité des contextes familiaux dans lesquels les enfants naturels (viennent) au monde, il (est) en général justifié d'attribuer l'autorité parentale exclusive à la mère, et non au père qui, en tout état de cause, (peut) obtenir le partage de l'autorité au moyen d'une déclaration ad hoc»* (§47). La Cour a alors constaté qu'*«en raison de son statut de père d'un enfant naturel, le requérant n'a pas été traité de la même manière en ce qui concerne l'attribution de l'autorité parentale que la mère de cet enfant d'une part, et les pères mariés d'autre part»* (§48). Elle a rappelé que les États jouissaient d'une marge de manœuvre pour apprécier si les différences entre deux situations justifient un traitement différent (§50), mais a toutefois immédiatement précisé que seules des considérations très fortes pouvaient justifier une différence de traitement fondée sur le sexe ou la naissance hors mariage (§51). Suivant la Cour, la réglementation allemande poursuivait un but légitime étant la

protection de l'intérêt de l'enfant (§52). Elle a encore relevé qu'au regard de la diversité des situations des enfants nés hors mariage, il pouvait se justifier que la mère se voie attribuer d'emblée l'autorité parentale et qu'il était dans certains cas adéquat de refuser l'autorité parentale au père (§§54-56). Elle a aussi noté que le droit allemand permettait au père non marié d'être investi de l'autorité parentale moyennant l'accord de la mère et une déclaration *ad hoc* (§53). Cependant, dans le contexte de l'espèce, il ne paraissait pas *a priori* adéquat de priver le père d'autorité parentale, tandis que la mère de l'enfant se refusait à effectuer la déclaration. Aucun recours ne permettait au requérant de poser au juge la question de l'opportunité d'un partage de l'autorité parentale (§57). La Cour n'a à cet égard pas accueilli l'argument du gouvernement suivant lequel le partage de l'autorité parentale contre la volonté de la mère serait *a priori* contraire aux intérêts de l'enfant (§59). Elle a d'ailleurs relevé que s'«*il n'existe aucun consensus européen sur la question de savoir si le père d'un enfant naturel a le droit de demander le partage de l'autorité parentale même contre la volonté de la mère*», «*la majorité des États membres semblent partir du principe selon lequel l'attribution de cette prérogative doit reposer sur l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'elle doit être soumise au contrôle des juridictions internes en cas de conflit*» (§60). La Cour a donc conclu que la différence de traitement entre le père marié – qui bénéficie de plein droit de l'autorité parentale – et le père non marié – dont la situation est entièrement laissée à l'arbitraire de la mère –, ne pouvait passer pour raisonnable et justifiée (§63). **La Convention avait donc été violée (§64)**⁽¹¹⁰⁾.

4. Différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle : le parent homosexuel ou transsexuel⁽¹¹¹⁾

86. Dans son arrêt *J.M. c. Royaume-Uni* du 28 septembre 2010, la Cour a été amenée à envisager la situation d'une femme divorcée, mère de

⁽¹¹⁰⁾ Suivant le juge Schmitt, dont l'opinion dissidente est annexée à l'arrêt, «*La solution adoptée par le législateur allemand est essentiellement fondée sur le principe de sécurité juridique et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, critère qui revêt également un poids important dans la jurisprudence de la Cour*» et «*il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'incapacité du requérant à obtenir un contrôle juridictionnel de l'octroi initial de l'autorité parentale exclusive à la mère et le but poursuivi par cette mesure*». Le juge dissident souligne qu'il est en désaccord «*avec la position de la majorité, qui consiste en l'espèce à s'affranchir de la marge d'appréciation reconnue aux autorités au motif que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles*».

⁽¹¹¹⁾ Orientation sexuelle : arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999 (attribution de l'autorité parentale à la mère sur le fondement de l'homosexualité du père : violation); voy. aussi en ce qui concerne l'orientation philosophico-religieuse : arrêt *Palau-Martinez c. France* du 16 décembre 2003 (attribution de l'autorité parentale au père

deux enfants, qui s'était réinvestie dans une union conjugale homosexuelle. Les enfants vivaient principalement avec leur père et la pension alimentaire à verser par leur mère avait été calculée par les autorités nationales. Or, la contribution de la mère avait été calculée différemment de celle qui aurait été calculée dans les mêmes circonstances à charge d'une mère qui se serait réinvestie conjugalement avec un homme, dans la mesure où, pour l'application des dispositions pertinentes, le couple homosexuel n'entraînait pas au même titre que le couple hétérosexuel dans la catégorie *unmarried couple*. La requérante faisait donc valoir qu'elle avait été traitée différemment au plan du calcul de ses obligations alimentaires sur la seule base de son orientation sexuelle et sans justification. À son estime, elle avait été victime d'une discrimination essentiellement sur le terrain du droit au respect de la vie privée et de la vie familiale protégé par l'article 8 (§§32-36), mais également sur celui du droit au respect des biens protégés par l'article 1^{er} du Protocole n° 1 (§37). Suivant la Cour, les faits de la cause trouvaient en tout cas à s'inscrire dans le champ de l'article 1P1 en manière telle qu'il n'était pas nécessaire de décider si ces mêmes faits entraient dans le champ de la vie familiale ou de la vie privée protégées par l'article 8 (§49). La Cour a rappelé qu'il fallait des raisons particulièrement fortes pour justifier une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle (§54). Elle a d'emblée relevé que les situations respectives de la requérante et d'un parent qui aurait reformé un couple hétérosexuel étaient comparables et s'est interrogée sur la justification possible d'une différenciation s'agissant de fixer le montant de la pension alimentaire à servir aux enfants communs (§§55-56). Le gouvernement défendeur a fait valoir que la justification de la différence de traitement résidait dans les différences qui existaient entre les couples homosexuels et hétérosexuels au moment des faits, soit en 2001-2002, et mis en exergue l'entrée en vigueur quelques années plus tard du *Civil Partnership Act* (§56). De même, le gouvernement a expliqué que pour la période considérée, la situation dénoncée relevait de la marge d'appréciation dont le Royaume-Uni disposait (§57). La Cour n'a pas été convaincue par ces explications et a considéré que **l'article 14 de la Convention avait été violé**⁽¹¹²⁾. Selon elle, il n'y avait déjà en 2001-2002 aucune justification

sur le fondement de l'appartenance de la mère aux Témoins de Jéhovah : violation); arrêt *Hoffmann c. Autriche* du 23 juin 1993 (attribution de l'autorité parentale au père sur le fondement de l'appartenance de la mère aux Témoins de Jéhovah : violation).

⁽¹¹²⁾ Dans leur opinion concordante jointe à l'arrêt, les juges Garlicki, Hirvela et Vucinic, déplorent que la majorité n'ait pas souhaité préciser que la question entraînait dans le champ de l'article 8 dès lors que différents arrêts de 2010 confirment que le couple homosexuel constitue une vie familiale au sens de la Convention. À leur estime, ce *self restraint* dont fait montre la Cour correspond peut-être au désir de ne pas admettre que la Cour dans sa jurisprudence antérieure (not. *Mata Estevez*), se trompait...

suffisante pour la différence de traitement considérée et l'entrée en vigueur ultérieure du *Civil Partnership Act* n'y changeait rien (§§57-58).

87. Dans une affaire *PV c. Espagne*, qui a donné lieu à un arrêt du 30 novembre 2010, la Cour a pu considérer adéquate l'attitude des juridictions espagnoles dans le contexte d'une procédure judiciaire relative au droit de visite de la requérante, transsexuelle passée du sexe masculin au sexe féminin, à l'égard de l'enfant qu'elle avait eu auparavant avec une femme. Cette femme avait sollicité la suppression dans le chef de la requérante de l'autorité parentale et du droit de visite. Les juges espagnols avaient maintenu le caractère conjoint de l'autorité parentale et réduit le droit de visite qui s'exercerait dans un premier temps dans le cadre d'un centre de rencontre (*punto de encuentro*) (§§5-9). La Cour a considéré cette décision conventionnellement acceptable dès lors qu'il apparaissait que c'était non pas la transsexualité de la requérante, mais bien son «*instabilité émotionnelle conjoncturelle*» qui avait été le motif déterminant d'une décision qui, au nom de la prévalence de l'intérêt de l'enfant, avait non pas supprimé mais réduit le droit de visite (§36). La Cour a d'ailleurs souligné qu'en cours de procédure le droit de visite avait été élargi, alors même que par hypothèse la condition sexuelle de la requérante était restée identique (§36). Les autorités espagnoles s'étaient donc montrées **respectueuses du prescrit conventionnel**.

5. *Différence de traitement fondée sur le sexe : allocations de maternité, congé parental et âge de la pension*

88. Dans son arrêt *Weller c. Hongrie* du 31 mars 2009, la Cour a été amenée à examiner la requête déposée par un ressortissant hongrois en son nom propre et au nom de ses deux enfants. L'épouse du requérant qui était la mère des deux enfants considérés était de nationalité roumaine. Il avait sollicité le bénéfice d'une allocation de maternité et le Trésor hongrois le lui avait refusé dans la mesure où une telle allocation était réservée aux mères, aux parents adoptifs et aux tuteurs. La mère des enfants ne pouvait pas non plus prétendre au bénéfice de ladite allocation dès lors qu'elle ne bénéficiait pas encore d'un permis de séjour. Le requérant estimait être victime d'une discrimination fondée sur son statut parental et que ses deux enfants étaient quant à eux victimes d'une discrimination fondée sur la nationalité de leur mère. La Cour a relevé que le gouvernement ne contestait pas l'applicabilité de l'article 14 de la Convention et souligné qu'en tout état de cause l'octroi d'une allocation de maternité s'inscrivait dans le champ de l'article 8 de la Convention (§29). Sur le fond, la Cour a tout d'abord relevé que l'allocation de maternité avait pour objet d'aider

l'enfant et toute la famille qui l'élève et n'était pas strictement réservée à la mère, dès lors que notamment les parents adoptifs ou tuteurs pouvaient en bénéficier (§31). La situation du requérant était dès lors comparable à celle des différents bénéficiaires de l'allocation (§32). La Cour a admis que les États bénéficiaient d'une certaine marge d'appréciation et a relevé qu'il existait des systèmes de sécurité sociale très différents parmi les États membres, mais elle a considéré que ni les autorités nationales ni le gouvernement défendeur n'avait procuré de justification objective et raisonnable pour la différence de traitement considérée (§35). De la même manière, aucune justification quelconque n'avait été donnée à la différence de traitement subie par les deux enfants (§39). **La Convention avait donc été violée** ⁽¹¹³⁾.

89. Dans son arrêt *Konstantin Markin c. Russie* ⁽¹¹⁴⁾ du 7 octobre 2010, la Cour a statué sur la requête d'un militaire russe qui avait sollicité sans succès un congé parental de trois ans auprès du commandement de son unité. Il avait divorcé de sa femme et avait trouvé avec elle les termes d'un accord suivant lequel c'est lui qui en assumerait la garde, tandis qu'elle paierait une pension alimentaire. Sa demande avait été rejetée dès lors que seuls les militaires de sexe féminin pouvaient bénéficier d'un congé parental. La Cour a rappelé que si la Convention n'impose pas aux États d'octroyer le bénéfice d'un congé parental, il revient par contre aux États qui choisissent de mettre en œuvre un tel système de le faire d'une manière qui ne heurte pas le prescrit de l'article 14 (§45). La Cour s'est appuyée sur ses arrêts *Petrovic c. Autriche* du 27 mars 1998 et *Weller c. Autriche* du 31 mars 2009 pour observer que la société avait évolué vers un partage plus équitable des responsabilités parentales entre hommes et femmes. Singulièrement, le rôle des pères est de plus en plus reconnu dans les États membres. Dans ce contexte, elle a souligné qu'il n'était plus possible à un État de se réfugier derrière l'absence de consensus pour justifier une différence de traitement fondée sur le sexe en matière de congé parental. De la même manière, la référence à la perception traditionnelle du rôle des femmes auprès des enfants ne peut passer pour une justification objective et raisonnable de pareille différence (§49). La Cour n'a pas accepté l'argument qui avait été retenu par les juridictions internes et suivant lequel c'est la spécificité du travail de militaire qui justifierait la différence de traitement, dès lors que des congés parentaux à large échelle

⁽¹¹³⁾ Voy. l'opinion concordante de la juge Tulkens.

⁽¹¹⁴⁾ Cette affaire a fait l'objet d'un renvoi devant la grande chambre qui a rendu son arrêt le 22 mars 2012; voy. aussi : J. JACQMAIN, «Militaires — Congé parental — Interdiction de discrimination», note sous Cour eur. D.H., arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 7 octobre 2010, *Chron. D.S.*, 2011, pp. 40-41.

induiraient une diminution de «la puissance de combat» et de «l'effectivité opératoire» de l'armée russe. Suivant la Cour, aucun élément probatoire quelconque n'avait été déposé pour étayer cette assertion (§57). La Cour n'a pas non plus estimé convaincant l'argument suivant lequel les militaires désireux de prendre un congé parental auraient en tout état de cause la possibilité de quitter l'armée ou le constat qu'il y a dans l'armée russe beaucoup plus d'hommes que de femmes (§58). En conclusion, aucun argument convaincant et fort n'avait été proposé pour justifier la différence de traitement considérée et **la Convention avait dès lors été violée** ⁽¹¹⁵⁾.

90. Dans un arrêt *Andrle c. République tchèque* du 17 février 2011 ⁽¹¹⁶⁾, la Cour a, par contre, conclu à la non-violation de la Convention par le système de pensions tchèque qui permet aux seules femmes qui ont élevé un ou plusieurs enfants de prendre leur pension de manière anticipée. Ainsi, le requérant, qui avait divorcé et s'était vu attribuer la garde de deux des enfants communs, avait sollicité, mais sans succès, des autorités tchèques de pouvoir prendre lui-même sa pension de manière anticipée dès lors qu'il avait élevé deux enfants. La Cour a considéré que le requérant avait bel et bien fait l'objet d'une différence de traitement. Elle a souligné que la différence considérée s'inscrivait dans un contexte historique déterminé marqué par une différenciation importante des rôles masculin et féminin en manière telle que les femmes qui travaillaient assumaient en outre essentiellement seules les tâches ménagères et l'éducation des enfants (§55). La Cour a encore relevé que ce modèle était en train de changer et qu'une réflexion politique existait dans l'État défendeur relativement aux réformes à réaliser dans le système des pensions (§§56-58). Suivant la Cour, cette affaire *Andrle* se distinguait donc assez nettement de l'affaire *Konstantin Markin*. À la différence du congé parental, l'âge de la pension ne constituait pas une prestation unique liée à la situation actuelle des personnes concernées, mais réalisait plutôt une compensation des inégalités passées. En outre, un

⁽¹¹⁵⁾ Voy. l'opinion dissidente du juge Kovler, suivant lequel : «*The authorities' direct knowledge of their society and its needs means that they are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest. This is a common meaning of the principle of subsidiarity. In such a case the Court would generally respect the legislature's policy choice unless it is "manifestly without reasonable foundation" (see, mutatis mutandis, Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007 XIII). In my opinion it cannot be said that the decision to grant parental leave to servicewomen, while at the same time denying that entitlement to servicemen, is "manifestly without reasonable foundation". I would respect the legislature's decision, which has moreover been approved by the Constitutional Court*».

⁽¹¹⁶⁾ À propos de cet arrêt, voy. : D. MARTIN, «La discrimination fondée sur le sexe dans l'octroi de prestations sociales : un peu, beaucoup, ... pas du tout (Cour eur. D.H., *Andrle c. République tchèque*, 17 février 2011)», *Rev. trim. dr. h.*, 2012, pp. 177-200.

changement législatif relatif au congé parental ne présentait certainement pas le même niveau de délicatesse et n'avait certainement pas les mêmes conséquences financières qu'une réforme du système des pensions (§59). Dans ce contexte précis, la Cour a considéré que la différence de traitement dénoncée n'était pas déraisonnable et n'induisait **pas de violation des articles 14 et 1P1 combinés** de la Convention.

C. — *Relation parentale et enlèvement international*⁽¹¹⁷⁾

91. En matière d'enlèvement international, la Cour de Strasbourg a pu manifester dans un important arrêt *Maumousseau et Washington c. France* du 6 décembre 2007 son adhésion à la philosophie de la Convention de La Haye qui érige en principe le retour immédiat de l'enfant illicitement déplacé par l'un de ses parents, tout en prévoyant diverses exceptions, contenues dans ses articles 13 et 20. Ainsi, une décision de non-retour peut notamment être prononcée s'il est établi que le parent qui dénonce le déplacement illicite de l'enfant n'assumait pas son droit de

⁽¹¹⁷⁾ En doctrine : D. DELVAX, « L'intérêt supérieur de l'enfant et son déplacement illicite. À propos d'un arrêt rendu le 6 décembre 2005 par la Cour européenne des droits de l'homme », *J. dr. jeun.*, 2006, liv. 253, pp. 18-20; A. GOUTTENOIRE, in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et M. LEVINET, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^e éd. Paris, PUF, 2011, pp. 576-577; S. PFEIFF, « Les relations parents-enfants, les enlèvements d'enfants et le patrimoine du mineur », in *Les relations familiales internationales, l'actualité vue par la pratique* (dir. P. WAUTELET), CUP, Liège, Anthemis, 2010, pp. 195-230; S. SAROLÉA, « Le retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement face à l'écoulement du temps : principe ou option? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 1191-1206; L. STEVENS, « Internationale parentale ontvoering en belang van het tijdsverloop », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010, *TvMR*, 2010, liv. 3, pp. 15-16; W. VANDENHOLE, « Kan belang van kind ontvoering door ouder verantwoorden? », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010, *Juristenkrant*, 2010, liv. 217, p. 6; dans la jurisprudence de la Cour : arrêt *Carlson c. Suisse* du 6 novembre 2008 (lenteur et renversement de la charge de la preuve au bénéfice du parent ayant enlevé l'enfant : violation); arrêt *Leschiutta et Fraccaro c. Belgique* du 17 juillet 2008 (inaction des autorités et pérennisation de la situation de fait : violation); arrêt *Maumousseau et Washington c. France* du 6 décembre 2007 (décision de retour et mesures d'exécution : non-violation); arrêt *Bajrami c. Albanie* du 12 décembre 2006 (absence de dispositif adéquat en matière d'enlèvement international : violation); arrêt *Bianchi c. Suisse* du 22 juin 2006 (décision de retour tardive et inexécution : violation); arrêt *Karadzic c. Croatie* du 15 décembre 2005 (décision de retour tardive et inexécution : violation); décision *Eskinazi et Chelouche c. Turquie* du 6 décembre 2005 (décision de retour en Israël : non-fondement manifeste); arrêt *H.N. c. Pologne* du 13 septembre 2005 (décision de retour tardive et inexécution : violation); arrêt *Monory c. Roumanie et Hongrie* du 5 avril 2005 (décision de non-retour : violation); arrêt *Maire c. Portugal* du 26 juin 2003 (non-exécution de la décision de retour : violation); arrêt *Iglesias-Gil c. Espagne* du 29 avril 2003 (non-exécution de la décision de retour : violation); arrêt *Sylvester c. Autriche* du 24 avril 2003 (non-exécution de la décision de retour : violation); arrêt *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* du 25 janvier 2000 (inexécution de la décision de retour : violation).

garde, s'il est prouvé que ce même parent avait consenti ou acquiescé au déplacement considéré, si le retour induit un risque grave de danger physique ou psychique pour l'enfant ou si l'enfant, suffisamment âgé et mature, s'oppose au retour⁽¹¹⁸⁾.

Dès lors qu'un État applique la Convention de La Haye à une situation d'enlèvement international, il jouit *a priori* d'une forme de présomption que sa décision est conforme au prescrit de l'article 8. Le contrôle opéré par la Cour apparaît donc assez marginal et porte essentiellement, au plan substantiel, sur la vérification que les autorités internes ont mis en œuvre une véritable pesée *in concreto* du principe du retour face aux exceptions qui permettent le non-retour, à la lumière de l'intérêt de l'enfant. Il avait pu être précisé dans l'arrêt *Maumousseau* que si le retour ne devait pas être «automatique» ou «mécanique», les décisions de non-retour devaient tout de même *a priori* rester «exceptionnelles», cette primauté du principe sur les exceptions étant le corollaire logique de l'illicéité du déplacement. Durant la période recensée, cependant, la Cour a rendu, en formation de grande chambre, un arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010, qui condamne la décision interne de retour de l'enfant au terme d'un raisonnement fondé sur l'intérêt de ce dernier⁽¹¹⁹⁾ et dans le cadre duquel cette prévalence du retour sur le non-retour, qui est au cœur du mécanisme de la Convention de La Haye, apparaît émoussée⁽¹²⁰⁾.

Quoi qu'il en soit, dans un grand nombre de cas, c'est la durée de la procédure qui va conduire la Cour à constater une violation de la Convention. Tantôt, la durée de la procédure est telle que c'est finalement l'écoulement du temps et l'installation de l'enfant dans l'État de déplacement qui tranchent l'affaire en fondant une décision de maintien de l'enfant dans cet État (par ex. l'arrêt *Monory c. Roumanie et Hongrie* du 5 avril 2005). Tantôt, au contraire, les autorités nationales finissent bel et bien par rendre une décision de retour, mais la tardiveté de celle-ci contrarie la vie familiale du requérant et de son enfant et induit en outre généralement des difficultés au stade de l'exécution de la décision (voy. par ex. les arrêts *H.N. c. Pologne* du 13 septembre 2005 et *Karadzic c. Croatie* du 15 décembre 2005)⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁸⁾ S. SAROLÉA, «Le retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement face à l'écoulement du temps : principe ou option?», *op. cit.*, p. 1193.

⁽¹¹⁹⁾ Voy. aussi, dans le sillage de cet arrêt, les arrêts *Sneersone et Kampanella c. Italie* du 12 juillet 2011 et *X c. Lettonie* du 13 décembre 2011.

⁽¹²⁰⁾ S. SAROLÉA, «Le retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement face à l'écoulement du temps : principe ou option?», *op. cit.*, p. 1193.

⁽¹²¹⁾ Voy. aussi les arrêts *Tapia Gasca et D. c. Espagne* du 22 décembre 2009 et *Küçüc c. Turquie et Suisse* du 17 mai 2011 dans le cadre desquels la Cour a considéré que les autorités

1. *Le contrôle marginal de la décision de retour ou de non-retour*

92. Dans l'arrêt de grande chambre *Neulinger et Shuruk c. Suisse*⁽¹²²⁾ du 6 juillet 2010, la Cour désavoue la décision du Tribunal fédéral suisse d'ordonner le retour d'un enfant auprès de son père en Israël. Il avait été enlevé, au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye, par sa mère qui résidait avec lui en Suisse. À rebours de la juridiction nationale et de la chambre, le collège de la grande chambre a estimé que le retour de l'enfant en Israël auprès de son père aurait constitué une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie familiale de la mère et de l'enfant.

La Cour a d'abord relevé que la Convention ne devait pas se lire isolément et qu'en l'espèce il fallait se référer aux termes de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 (§§131 et 132). Elle a toutefois immédiatement précisé qu'il revenait à la Cour de contrôler si dans l'application qu'elles font de cette Convention, les autorités nationales respectent les obligations qui leur incombent au titre de l'article 8 (§133). La Cour a ensuite souligné l'existence d'un consensus large, y compris en droit international, sur la prééminence du critère de l'intérêt de l'enfant dans toutes les décisions qui le concernent (§135) et relevé les difficultés induites par le caractère bicéphale de cet intérêt : vivre auprès de ses parents et vivre dans un environnement sain, ce qui ne revient pas toujours au même (§136). Dès lors, suivant la Cour, le retour de l'enfant prévu par la Convention de La Haye ne saurait être mis en œuvre de façon automatique dès que cette convention est applicable (§137). Les juridictions internes sont les mieux placées pour décider, mais la Cour opère un contrôle marginal de la substance des décisions prises et des procédures qui y conduisent (§§138-139).

Ces principes posés, la Cour s'est attachée à l'examen des circonstances de l'espèce. Elle a pointé que les juridictions internes n'avaient pas été unanimes quant à la décision à prendre et que plusieurs rapports d'experts avaient conclu à l'existence d'un danger pour l'enfant en cas de retour (§§142-143). La Cour a en tout cas tenu pour acquis qu'un retour de l'enfant sans sa mère était inenvisageable tant pour les juges internes que pour les experts, mais que le Tribunal fédéral suisse avait considéré

nationales avaient œuvré de manière adéquate au retour de l'enfant auprès du parent auquel il avait été soustrait. La Cour a souligné, dans les deux arrêts, que la circonstance que les procédures judiciaires, policières, diplomatiques ou que l'instruction pénale de l'affaire n'ont pas procuré le résultat souhaité ne permettait pas de conclure que les autorités nationales étaient restées inactives (*Tapia Gasca et D.*, §107; *Küçüc*, §75); voy. enfin l'arrêt *Shaw c. Hongrie* du 26 juillet 2011 (décision de retour tardive et inexécution : violation).

⁽¹²²⁾ Voy. à propos de cet arrêt : S. SAROLÉA, «Le retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement face à l'écoulement du temps : principe ou option?», *op. cit.*, pp. 1191-1206.

qu'il revenait à la mère de retourner en Israël avec son enfant (§144). Suivant la Cour, cette décision pouvait être considérée comme relevant de la marge d'appréciation des autorités suisses (§145). Se plaçant toutefois au moment de la mise en œuvre de la décision de retour, la Cour a signalé que l'enfant était intégré en Suisse où il avait vécu depuis ses deux ans. Elle a relevé qu'il fallait balancer le bénéfice que pourrait retirer l'enfant de son retour forcé et le trouble important que ce retour risquait de générer (§§146-148). Elle a pointé que le père de l'enfant en Israël s'était remarié, avait divorcé quelques mois plus tard et s'abstenait de payer les pensions alimentaires dues pour un nouvel enfant issu de cette union éphémère (§149). Elle a enfin signalé différents risques notamment pénaux auxquels la mère se serait exposée en retournant en Israël (§§149-150). La Cour a conclu qu'il ne pouvait être exclu, qu'en cas de retour, l'enfant, déraciné, puisse être privé de sa mère qui se trouverait incarcérée et confié à son seul père dont les capacités éducatives n'étaient pas certaines. Dans ce contexte, l'exécution de la décision de retour aurait contrarié l'intérêt de l'enfant et partant violé la Convention (§151)⁽¹²³⁾.

93. Par contre, la Cour a validé l'attitude des autorités polonaises dans une affaire *Serghides c. Pologne* qui a donné lieu à un arrêt du 2 novembre 2010. La Cour a estimé que les autorités polonaises avaient agi adéquatement en prononçant dans un premier temps une décision de retour au Royaume-Uni puis en revenant sur cette décision dès lors qu'un «changement de circonstances pertinent» était intervenu. Ce changement était lié à une tentative de reprise par le père, alors même qu'une procédure d'exécution de la décision de fond était en cours, mais suspendue en raison du pourvoi en cassation formé par la mère contre la décision de retour. La Cour avait relevé que différents experts avaient fait état de l'impact négatif de la tentative de reprise mise en œuvre par le père. À leur estime, l'incident avait détérioré la relation entre père et fille et cette détérioration avait été amplifiée par le comportement subséquent de la mère (§70). La Cour a dès lors considéré que ce n'était pas le passage du temps qui avait conduit au changement de circonstance en l'espèce, mais l'attitude inadéquate du requérant (§71) et qu'en outre, «l'activité juridictionnelle avait connu un rythme régulier» (§74). Enfin, la Cour a relevé que le père de l'enfant n'avait pas actionné les possibilités qu'il avait de maintenir un contact durant les procédures sur le fond et sur l'exécution (§72). Dans ce

⁽¹²³⁾ Voy. l'opinion concordante des juges Lorenzen et Kalaydjieva, l'opinion concordante du juge Cabral Barreto, l'opinion concordante du juge Malinverni, l'opinion séparée des juges Jociene, Sajo et Tsotsoria et l'opinion dissidente du juge Zupančič.

contexte, la révision de la décision de retour en défaveur du requérant **n'avait pas violé la Convention** (§75)⁽¹²⁴⁾.

2. Pas de retour pour le parent titulaire d'un simple droit de visite

94. Dans son arrêt *R.R. c. Roumanie* du 10 novembre 2009, la Cour a validé l'attitude prise par les autorités roumaines dans le contexte d'un déplacement international d'enfant considéré illicite par le père. Les tribunaux roumains avaient attribué la garde à la mère (en 2000) et lui avait réservé un droit de visite à hauteur d'un week-end par mois (en 2001). La mère avait, plusieurs années plus tard, pris le parti de s'installer avec l'enfant commun aux États-Unis. Le père avait dénoncé cette situation et obtenu en application de la Convention de La Haye son retour en Roumanie. En 2005, une décision définitive de la cour d'appel de Targu-Mures avait modifié le droit de visite du requérant en manière telle que celui-ci était désormais limité à trois semaines pendant les vacances d'été. Ensuite de cette décision, la mère de l'enfant l'avait à nouveau emmené aux États-Unis afin d'y vivre en revenant annuellement en Roumanie pour que puisse être exercé le droit de visite du père. Celui-ci avait alors essayé d'actionner à nouveau les mécanismes prévus par la Convention de La Haye. Ces démarches étaient cependant restées lettre morte. La Cour a relevé l'originalité de l'affaire qui ne concernait ni l'adoption d'un ordre de retour, ni l'exécution de cet ordre de retour (§163). Elle a pointé que suite au premier déplacement de l'enfant, les autorités roumaines et américaines avaient mis en œuvre le retour de l'enfant en Roumanie. Cependant, s'agissant des déplacements ultérieurs et au regard de la limitation du droit de visite du requérant à trois semaines annuelles, les juridictions roumaines n'avaient pas ordonné le retour de l'enfant. La Cour a expressément rappelé son arrêt *Guichard*, dans le cadre duquel elle avait pu expliquer que «*l'article 8 de la Convention interprété à la lumière de la Convention de La Haye ne met pas à la charge des autorités nationales d'obligations positives tendant au retour de l'enfant si l'intéressé ne détient qu'un droit de visite*» (§164). Au regard de ces éléments, la Cour a considéré que **l'attitude des autorités roumaines avait été respectueuse du**

⁽¹²⁴⁾ Les juges Mijovic, Bianku et Gaetano ont exprimé leur désaccord avec les conclusions atteintes par la majorité. Ils relèvent quant à eux qu'un délai d'un an et sept mois s'est écoulé avant qu'intervienne une première décision de fond sur le retour. Ce délai, sans commune mesure avec le délai de six semaines visé par la Convention de La Haye induit suivant les juges dissidents en soi une violation de l'article 8 sans qu'il faille analyser ce qui s'est éventuellement passé ensuite de cette première décision.

droit à la vie familiale du requérant, dès lors notamment que son droit de visite de trois semaines, était respecté (§§ 177 et 178)⁽¹²⁵⁾.

3. *Procédure excessivement longue et décision de non-retour*

95. Dans un arrêt *Macready c. République tchèque* du 22 avril 2010, la Cour a **condamné** assez fermement l'attitude des autorités nationales dans une situation d'enlèvement international où le processus judiciaire avait été démesurément long en manière telle que c'est le passage du temps qui avait fini par trancher. La Cour a rappelé qu'elle souscrivait entièrement à la philosophie sous-jacente à la Convention de La Haye (§62) et que celle-ci commandait, dès lors que l'illicéité du déplacement était établie, un retour rapide au *statu quo ante* (§§62-63). Or, en l'espèce, une période de plus de vingt mois s'était écoulée avant l'adoption d'une décision définitive sur la question du retour (§64). Suivant la Cour, après l'écoulement d'un tel laps de temps, le rétablissement du *statu quo ante* n'était pratiquement plus envisageable, d'autant que l'enfant était fragilisé par des troubles autistes qui accroissaient son besoin de stabilité (§65). La Cour a encore relevé que les autorités tchèques n'avaient pris aucune initiative s'agissant de rendre possibles des contacts entre le requérant et l'enfant pendant la durée de la procédure sur le retour (§66). Au regard des juges strasbourgeois, il résultait de ces différents éléments que l'attitude des autorités nationales tchèques **n'avait pas été respectueuse des prescriptions de la Convention** (§68).

4. *Procédure excessivement longue et décision de retour*

96. Dans une affaire *Stochlak c. Pologne* qui a donné lieu à un arrêt du 22 septembre 2009, la Cour a rappelé que les États ont l'obligation de prendre des mesures positives en vue de permettre la réunion du parent à son enfant, même si cette obligation n'est pas absolue et si le recours à la coercition est profondément inadéquat dans ce type d'affaires (§58). Surtout, la Cour attire l'attention sur la nécessité d'appliquer la Convention en accord avec le droit international pertinent, soit en l'occurrence la Convention de La Haye (§59). L'adéquation des mesures prises se mesure notamment à leur rapidité (§61). En l'espèce, deux époux vivant au Canada s'étaient rendu en vacances en Pologne avec leur petite fille. L'épouse, polonaise, avait alors signifié à son mari qu'elle entendait rester en Pologne avec leur fille avant d'enlever l'enfant et de s'installer dans un

⁽¹²⁵⁾ La Cour a considéré que les griefs articulés par le requérant sur le terrain de l'article 6 de la Convention ne méritaient pas un examen séparé.

endroit inconnu. La Cour a constaté, dans un contexte où l'illicéité du comportement maternel ne faisait pas de doute, que la procédure au fond avait été très longue (§62) et que la procédure d'exécution, parallèlement diligentée, n'avait pas été efficace en raison du manque de diligence des autorités nationales (§63). La Cour a admis que le comportement de la mère avait généré les difficultés d'exécution, mais a souligné qu'il appartenait à chaque État membre de se pourvoir d'un arsenal adéquat en la matière (§64). Eu égard à ces différentes constatations, la Cour a conclu à la **violation de l'article 8** de la Convention.

D. — *Les relations parentales des détenus
et des étrangers*

1. *Le droit au respect de la vie familiale du parent détenu* ⁽¹²⁶⁾

97. Pas plus qu'elle ne fait obstacle au droit de se marier et de fonder une famille (voy. l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007 et les arrêts *Frasik* et *Jaremowicz c. Pologne* du 5 janvier 2010), la détention ne justifie en soi les ingérences dans le droit au respect de la vie familiale. Il s'ensuit que le détenu bénéficie du droit de rencontrer sa famille dans des conditions adéquates. Des limitations à l'ampleur et aux modalités de ces contacts familiaux peuvent exister, mais doivent reposer sur des motifs de sécurité publique (voy. l'arrêt *Messina c. Italie* du 28 septembre 2000).

98. La Cour a pu faire application de ces principes dans un arrêt *Giszcza c. Pologne* du 29 novembre 2011. En l'espèce, le détenu requérant avait été incarcéré pour incitation au meurtre et alléguait que le refus de l'administration pénitentiaire de lui permettre de rendre visite à l'hôpital à sa fille gravement blessée dans un accident de voiture, d'une part, et le refus de cette même administration de l'autoriser à assister dans des habits civils aux funérailles de sa fille après qu'elle ait succombé à ses blessures, d'autre part, constituaient des ingérences illégitimes dans son droit au respect de la vie familiale. La Cour a considéré que ces deux griefs étaient fondés et que **la Convention avait été violée** dès lors que les objectifs invoqués par le gouvernement défendeur et liés à la sécurité publique pouvaient être rencontrés autrement qu'en empêchant le défendeur de rendre visite à sa fille, puis d'assister dans des vêtements ordinaires plutôt qu'en uniforme de prisonnier aux funérailles de celle-ci, et notamment en prévoyant une escorte (§§29-31 et 38-41).

⁽¹²⁶⁾ J.-P. CÉRÉ, «Le droit à une vie familiale pour les détenus», *op. cit.*, pp. 20-25.

2. Le droit au respect de la vie familiale du parent éloigné ⁽¹²⁷⁾

99. Les autorités nationales ne peuvent opérer d'ingérence dans la vie familiale que si celle-ci est nécessaire dans une société démocratique au sens du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention. Il s'ensuit qu'une décision de refus d'entrée ou d'éloignement opposée à un étranger peut poser question en termes de respect de la vie familiale, dès lors que cette décision a pour conséquence indirecte de mettre en péril les relations familiales de l'étranger éloigné. En outre, les États sont débiteurs d'obligations positives et doivent permettre en principe la réunion d'un parent et de son enfant, ce qui ne manque pas de poser la question d'un droit conventionnel au regroupement familial. Ces deux questions figurent certainement parmi les plus sensibles et sont en tout cas fréquemment posées, dans le contexte de «*l'explosion du contentieux des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme*» ⁽¹²⁸⁾.

L'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985 a posé le principe suivant lequel la Convention ne contient pas de droit pour les étrangers de choisir l'endroit le plus adéquat pour déployer leur vie familiale. La Cour considère donc acceptables le refus d'entrée ou la mesure d'éloignement si la vie familiale postulée peut être vécue dans des conditions acceptables dans le pays d'origine. Suivant Joël Andriantsimbazovina, «*la Cour accorde une priorité à la compétence de l'État de réguler le flux migratoire sur son territoire*» ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁷⁾ En doctrine : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, «Le maintien du lien familial des étrangers», in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002, pp. 211-239; J.-P. MARGUÉNAUD, «Le droit à une vie familiale pour les étrangers», in *Le droit à une vie familiale* (dir. J.-J. LEMOULAN et M. LUBY), coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2007, pp. 27-36; dans la jurisprudence de la Cour : arrêt de grande chambre *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006 (retrait du titre de séjour : non-violation); arrêt *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2005 (refus d'autorisation de séjour à un enfant dont les parents résidaient aux Pays-Bas : violation); arrêt *Slivenko c. Lettonie* du 9 octobre 2003 (expulsion d'une mère et de sa fille : violation); arrêt *Al-Nashif c. Bulgarie* du 20 juin 2002 (expulsion du mari : violation); arrêt *Sen c. Pays-Bas* du 21 décembre 2001 (refus d'autorisation de séjour à un enfant dont les parents résidaient aux Pays-Bas : violation); arrêt *Boultif c. Suisse* du 2 août 2001 (non-renouvellement du permis de séjour : violation); arrêt *Ciliz c. Pays-Bas* du 11 juillet 2000 (non-renouvellement du permis de séjour d'un père après divorce : violation); arrêt *Dalia c. France* du 19 février 1998 (interdiction définitive du territoire : non-violation); arrêt *El Boujaïdi c. France* du 26 septembre 1997 (expulsion : non-violation); arrêt *Boujlifa c. France* du 21 octobre 1997 (expulsion : non-violation); arrêt *Gül c. Suisse* du 19 février 1996 (refus d'autorisation de séjour à un enfant dont les parents résident en Suisse : non-violation); arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985 (séance plénière) (refus d'octroyer une autorisation de séjour au mari : non-violation).

⁽¹²⁸⁾ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, «Le maintien du lien familial des étrangers», *op. cit.*, p. 217.

⁽¹²⁹⁾ *Ibid.*, p. 220.

Tel est donc le principe, mais il connaît certainement des exceptions.

L'éloignement d'un étranger délinquant contrarie ainsi le prescrit conventionnel quand l'étranger considéré a noué avec un national un lien familial fort. La jurisprudence de la Cour en la matière rend compte de l'application d'un test dans le cadre duquel sont quantifiées notamment l'intensité de l'intégration de l'étranger, la gravité de l'infraction commise et l'intensité du lien familial menacé (voy. not. l'arrêt de grande chambre *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006). Dans un arrêt *Boultif c. Suisse* du 2 août 2001, la Cour a ainsi considéré inacceptable le non-renouvellement du titre de séjour d'un étranger marié à une suisse. Par contre, dans les arrêts *El Boujaïdi c. France* du 26 septembre 1997 et *Boujlifa c. France* du 21 octobre 1997, la Cour a considéré l'ingérence dans la vie familiale proportionnée à raison respectivement de la gravité des infractions commises et de la précarité du lien familial invoqué⁽¹³⁰⁾. Dans son arrêt *Berrehab c. Pays-Bas* du 2 octobre 2006, la Cour a constaté que l'expulsion d'un étranger après son divorce d'avec la mère néerlandaise de son enfant constituait une violation de la Convention dès lors qu'elle rendait impossible le maintien de contacts réguliers entre le père et l'enfant⁽¹³¹⁾.

De même, l'existence d'un lien familial peut induire l'accueil dans le pays où il réside des membres de sa famille dont il s'est provisoirement séparé, cela pour autant que le territoire de l'État membre apparaisse le plus adéquat pour le développement de la vie familiale postulée. Ainsi, malgré le principe dégagé dans l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* et confirmé bien plus tard dans un arrêt *Gül c. Suisse* du 19 février 1996, selon lequel en pareilles circonstances, il est loisible à l'étranger de rejoindre sa famille à l'étranger, la Cour a pu déceler dans certaines situations une violation de la Convention lorsqu'un enfant se voyait empêché de rejoindre ses parents sur le territoire national (voy. les arrêts *Sen c. Pays-Bas* du 21 décembre 2001 et *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2005)⁽¹³²⁾.

100. Durant la période recensée, la Cour a été amenée à statuer à différentes reprises sur des situations dans lesquelles un étranger avait été éloigné du territoire national où résidaient des membres de sa famille. Dans une première affaire, cet éloignement s'appuyait sur les activités religieuses prétendument dangereuses de l'étranger éloigné. Dans les

⁽¹³⁰⁾ *Ibid.*, pp. 222-223.

⁽¹³¹⁾ N. GALLUS, «La séparation du couple», *op. cit.*, pp. 70-72.

⁽¹³²⁾ J.-P. MARGUÉNAUD, «Le droit à une vie familiale pour les étrangers», *op. cit.*, p. 30.

autres, la mesure d'éloignement faisait plus classiquement suite aux infractions pénales commises par l'intéressé. Pour chacune d'entre elles, la Cour a opéré l'exercice de pesée mis au point dans sa jurisprudence en évaluant le danger présenté par l'étranger, les possibilités de reconstruction familiale à l'étranger, l'intensité des liens familiaux et le degré d'intégration⁽¹³³⁾.

101. Dans l'affaire *Nolan c. Russie* qui a donné lieu à un arrêt du 12 février 2009, la Cour a constaté que **la Russie avait violé l'article 8** de la Convention en refusant à un homme géorgien de rentrer en Russie au terme d'un séjour à Chypre, cela sur base de ses activités religieuses, lesquelles induisaient prétendument un danger pour la sécurité nationale, alors même que son fils âgé de dix mois et dont il était le seul responsable légal était dans le pays, confié à sa grand-mère (§§83-89). La Cour a aussi relevé une violation de l'article 9 de la Convention à défaut de justification plausible légale et factuelle pour justifier l'exclusion du requérant à raison de ses activités religieuses (§75)⁽¹³⁴⁾.

102. Dans l'affaire *Omojudi c. Royaume-Uni* qui a donné lieu à un arrêt du 24 novembre 2009, la Cour a également conclu à la **violation de la Convention** dès lors que le requérant avait été expulsé de Grande-Bretagne où il résidait avec sa femme et ses enfants depuis de très nombreuses années. Cette décision d'expulsion avait été prise par les autorités britanniques après que le requérant se soit rendu coupable d'une agression sexuelle et ait été condamné à une peine de prison à raison de celle-ci. La Cour a procédé à un exercice de balance et pris en considération la gravité des faits commis (§§43-44) et l'intégration de la famille du requérant dans la société britannique (§45). La Cour a pointé qu'il n'était pas envisageable que la famille du requérant le suive au Nigeria et que, dès lors, la famille était séparée, sans espoir de réunion à court ou moyen terme (§46). Au regard de ces différents éléments, **la Cour a considéré l'ingérence disproportionnée** (§§48-49)⁽¹³⁵⁾.

On peut également pointer l'affaire *Mutlag c. Allemagne* qui a donné lieu à un arrêt du 25 mars 2010 et dont les faits étaient assez similaires. Cela étant, dans cette deuxième affaire d'expulsion, le requérant expulsé

⁽¹³³⁾ Voy. par ailleurs la singulière affaire *Osman c. Danemark* qui a donné lieu à un arrêt du 14 juin 2011 dans le cadre de laquelle une jeune femme somalienne s'était vu refuser la possibilité de rentrer au Danemark auprès de sa mère et de ses frères et sœurs après avoir été contrainte par son père de quitter le pays, où elle avait grandi, pour prendre soin durant plusieurs années de sa grand-mère dans un camp de réfugiés au Kenya (violation).

⁽¹³⁴⁾ Voy. également, pour une décision fondée essentiellement sur l'intérêt de l'enfant, l'arrêt *Nunez c. Norvège* du 28 septembre 2011.

⁽¹³⁵⁾ Voy. aussi, dans le même sens, l'arrêt *A.A. c. Royaume-Uni* du 20 septembre 2011.

avait commis à de nombreuses reprises des infractions présentant des degrés de violence et de gravité élevés (§55). Ses liens avec la société allemande étaient ténus dès lors qu'il semblait n'avoir de contacts qu'avec ses parents et ses frères et sœurs (§58) et il avait de la famille en Jordanie (§59) où il avait été expulsé. Au regard de ces différents éléments, la Cour a considéré que les autorités allemandes avaient avancé des raisons suffisamment solides pour justifier l'expulsion du requérant (§61) et conclu que partant l'ingérence dans la vie privée et familiale du requérant pouvait passer pour **nécessaire dans une société démocratique** (§62).

Dans un arrêt *Arvelo Aponte c. Pays-Bas* du 3 novembre 2011, la Cour a également validé l'attitude des autorités néerlandaises qui avaient refusé d'octroyer à la requérante un permis de résidence alors qu'elle avait épousé un national et avait eu avec lui un enfant. L'autorité compétente avait refusé de lui délivrer le document à raison d'une condamnation à une peine de prison pour des faits de trafic de drogue dont elle avait fait l'objet en Allemagne en 1996. La Cour a eu spécialement égard à la gravité des faits considérés (§§57-58), à la circonstance que la requérante avait contracté mariage et fait un enfant alors qu'elle savait déjà que sa situation de séjour était éminemment précaire (§59) et à la considération qu'elle avait passé l'essentiel de sa vie au Venezuela où elle avait une famille qui pouvait l'aider à s'y réinstaller avec sa famille (§60)⁽¹³⁶⁾.

103. Dans son arrêt *Husseini c. Suède* du 13 octobre 2011, la Cour a considéré adéquate l'attitude des autorités suédoises qui avaient expulsé, avec interdiction de revenir pour plusieurs années, le requérant afghan, père de deux enfants, ensuite de sa condamnation à une peine de deux ans de prison pour viol et violence à l'encontre de son épouse. La Cour a relevé que les comportements considérés n'étaient pas seulement graves, mais étaient d'une nature telle que le requérant lui-même avait très sévèrement porté atteinte à sa vie familiale. Suivant la Cour, ces circonstances devaient peser lourdement dans la balance à réaliser (§103). Le requérant et son épouse avaient divorcé en manière telle que la seule vie familiale digne de protection était celle existant entre le requérant et ses deux enfants. La Cour a relevé que les enfants avaient grandi, par la faute du requérant, dans un contexte de violences familiales graves et qu'en tout état de cause l'emprisonnement du requérant avait conduit à une séparation d'avec les enfants longue de deux années (§§106-109). Suivant la Cour, l'allégation de violation de l'article 8 de la Convention était donc manifestement mal

⁽¹³⁶⁾ La requérante se prévalait aussi d'une violation de l'article 13, mais la Cour ne l'a pas suivi non plus sur ce terrain-là; voy. cependant l'opinion dissidente des juges Ziemele, Tsotsoria et Pardalos qui considèrent cette disposition violée en l'espèce.

fondée (§110). Elle n'a pas non plus considéré cette disposition violée par le refus des juridictions internes d'octroyer au requérant un droit aux contacts avec les enfants, dès lors notamment que cette décision avait été prise au terme d'une procédure équitable où il lui avait été loisible, malgré la circonstance qu'il était emprisonné, de faire valoir ses positionnements. La décision finale de refus des contacts était intervenue sur base notamment des violences graves qui étaient intervenues dans le cadre familial et de la considération que la vie familiale qui renaîtrait le cas échéant entre le requérant et les enfants serait de toute façon interrompue par la mise en œuvre de la décision d'expulsion et pourrait le cas échéant reprendre au terme de cette période d'expulsion (§§126-129)⁽¹³⁷⁾.

E. — *Les tiers à la relation parentale* ⁽¹³⁸⁾

104. Les parents d'un enfant ne sont pas toujours les seuls à se prévaloir de l'existence entre eux et l'enfant d'une vie familiale protégée par la Convention.

De nombreux pères biologiques ont ainsi saisi la Cour, face à l'impossibilité dans laquelle ils se trouvaient d'établir un lien de droit ou un simple contact avec leur enfant biologique. La Cour a pu signaler à différentes reprises que le lien biologique est en soi insuffisant à fonder une vie familiale au sens de l'article 8. Elle a pu toutefois également préciser qu'en présence d'éléments supplémentaires, tels que l'existence de relations affectives ou bien à tout le moins la manifestation d'un intérêt constant, un lien protégé par l'article 8 pouvait exister entre le père biologique et son

⁽¹³⁷⁾ Voy. cependant l'opinion dissidente des juges Spielmann et Zupancic qui considèrent que «*I am unable to agree with the domestic authorities' reasoning, which is upheld by the majority. This reasoning was based to a large extent on the fact that, if the children were to have contact with the applicant, they would be exposed to yet another separation from him when the expulsion order was implemented and that it was not therefore in the children's best interest to see him. The authorities also relied, unconvincingly in my view, on the fact that, even if the children were able to create a safe relationship with the applicant during limited access arrangements, he would subsequently be expelled and therefore separated from his children until May 2013 (see District Court's decision of 18 November 2008, paragraph 126 of the judgment). This cannot be a reason to refuse access*».

⁽¹³⁸⁾ En doctrine : J. HAUSER, «L'égalité des parents en cas de séparation», in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002, pp. 324-326; dans la jurisprudence de la Cour : arrêt *Rozanski c. Pologne* du 18 mai 2006 (nécessité absolue du consentement de la mère à la reconnaissance : violation); arrêt *Lebbink c. Pays-Bas* du 1^{er} juin 2004 (décision judiciaire de refus du droit de visite au père biologique : violation); arrêt *Görgülü c. Allemagne* du 26 février 2004 (refus d'un droit au contact au père biologique d'un enfant placé en famille d'accueil : violation); décision *Nylund c. Finlande* du 29 juin 1999 (impossibilité pour le père biologique d'établir sa paternité : manifestement non fondé); décision *J.R.M. c. Pays-Bas* du 8 février 1993 (refus d'un droit au contact au donneur de sperme : manifestement non-fondé).

enfant. Il est par ailleurs classique que les questions liées à l'établissement et à la contestation de la paternité ressortissent de la vie privée dont le respect est garanti par la même disposition. Dans ce contexte, et en l'absence de figure paternelle concurrente, la Cour reconnaît au père biologique qui a établi des relations étroites avec l'enfant le droit d'avoir au moins la possibilité de solliciter du juge d'être désigné en droit comme le père de l'enfant (voy. l'arrêt *Rozanski c. Pologne* du 18 mai 2006) et/ou d'obtenir un droit au contact personnel avec l'enfant (voy. l'arrêt *Lebbink c. Pays-Bas* du 1^{er} juin 2004). La situation est différente quand le père biologique vient en concours avec le père légal par application de la présomption de paternité. Ainsi, dans son arrêt *Chavdarov c. Bulgarie* du 21 décembre 2010, la Cour a-t-elle considéré que l'impossibilité pour le père biologique de contester cette présomption ne violait pas l'article 8 de la Convention. Dans ses arrêts *Anayo* et *Schneider*, examinés ci-dessous, elle a par contre considéré que la volonté de protéger la relation entre un enfant et son père légal, n'était pas de nature à justifier l'impossibilité pour le père biologique de cet enfant d'obtenir que sa demande de contacts soit au moins examinée *in concreto* par le juge national au regard de l'intérêt de l'enfant.

Les parents d'accueil figurent également au nombre des tiers qui peuvent *a priori* se prévaloir d'une relation privilégiée avec un enfant, éventuellement protégée au titre de l'article 8 de la Convention. Durant la période recensée, la Cour a d'ailleurs signalé que, dans certaines circonstances, traduisant l'effectivité d'un lien privilégié, le lien entre parents d'accueil et enfant peut constituer une vie familiale protégée. Enfin, les grands-parents sont également de ces tiers à la relation parentale qui peuvent se prévaloir d'un lien spécial à l'enfant susceptible de justifier une protection conventionnelle. Dans son arrêt *Amanalachioai c. Roumanie* du 10 novembre 2009, la Cour n'a pas consacré l'existence d'une vie familiale entre grands-parents et enfant, mais elle n'en a pas moins validé, au nom de l'intérêt de l'enfant, la décision du juge interne confiant, temporairement, celui-ci aux grands-parents plutôt qu'au père, alors même que les capacités éducationnelles de ce dernier n'étaient pas mises en question. Dans un arrêt subséquent rendu le 18 octobre 2011 dans l'affaire *Lyu-benova c. Bulgarie*, la Cour a au contraire considéré contraire à la Convention la décision judiciaire interne maintenant l'enfant auprès de ses grands-parents malgré les qualités éducationnelles incontestées de sa mère, dès lors que ce maintien n'était pas qualifié temporaire et ne faisait pas suite à une pesée soigneuse des intérêts en présence. En faisant ainsi prévaloir – même temporairement – l'intérêt de l'enfant considéré *in concreto* sur le principe suivant lequel, sauf circonstances exceptionnelles,

l'enfant ne peut être confié à d'autres que ses parents, la Cour met en œuvre un raisonnement qui n'est pas très éloigné, dans son mécanisme, de celui déployé dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010 en matière d'enlèvement international.

1. *La reconnaissance du droit contact du père biologique*

105. Dans l'affaire *Anayo c. Allemagne* qui a donné lieu à un arrêt du 21 décembre 2010, le requérant avait eu une relation avec une femme mariée à partir de 2003. En 2005, cette femme avait mis un terme à sa relation avec le requérant et était retournée vivre auprès de son mari. La même année elle avait mis au monde des jumeaux dont le requérant était le géniteur. Il avait à plusieurs reprises manifesté son désir de pouvoir entrer en contact avec les enfants, mais cela lui avait été systématiquement refusé. Il s'était alors tourné vers les juridictions internes qui avaient rejeté ses demandes considérant que son seul lien biologique n'en faisait pas une *enge Bezugsperson*, c'est-à-dire une personne avec qui l'enfant a des liens étroits, en sorte qu'il ne pouvait obtenir judiciairement la reconnaissance d'un droit au contact (§17). Ni ses droits découlant de l'article 6 de la loi fondamentale allemande, ni ceux découlant de l'article 8 de la Convention n'étaient préjudiciés, en l'absence de vie familiale effective (§§19 et 21). Suivant les juridictions internes, les enfants ne connaîtraient pas leur père biologique, mais ils avaient un père légal étant le mari de leur mère avec lequel des relations existaient déjà (§20). La Cour a rappelé la texture ouverte de la vie familiale protégée par la Convention (§55). Elle a souligné que le lien biologique était insuffisant pour induire la protection de l'article 8 de la Convention et qu'en principe la cohabitation était en outre requise pour emporter le bénéfice de cette protection. Cependant, elle a immédiatement précisé que d'autres facteurs que la cohabitation pouvaient exceptionnellement être pris en considération et que, tout aussi exceptionnellement, une vie familiale projetée pouvait entrer dans le champ de l'article 8, notamment lorsque l'établissement incomplet de la vie familiale n'était pas imputable au requérant (§§56-57). Dès lors, suivant la Cour, dans certaines circonstances, la vie familiale s'étend à la relation potentielle qui peut se développer entre un enfant né en dehors du mariage et le père biologique. Il faut avoir égard aux éléments pertinents qui permettent de mettre en évidence un lien personnel étroit et notamment à la nature de la relation entre les parents et à l'intérêt et au souci manifesté par le parent biologique à l'égard des enfants avant et après la naissance (§57). La Cour a aussi rappelé que l'article 8 ne protégeait pas seulement la vie familiale, mais aussi la vie privée dans laquelle la problématique de l'établissement ou de la contestation de paternité trouvait à

s'inscrire (§58). La Cour a relevé qu'en l'espèce le requérant n'avait pas de contacts avec les enfants parce que les parents légaux de ceux-ci lui refusaient, tandis qu'il lui était impossible d'établir un lien de paternité juridique (§60). Elle a aussi pointé que les enfants étaient le fruit d'une relation qui avait duré plusieurs années et que le requérant avait constamment émis le désir de les rencontrer (§61). Au regard de ces circonstances, la Cour n'a pas exclu que la relation souhaitée par le requérant corresponde à une vie familiale et a considéré qu'en tout état de cause la décision des juridictions internes avait à tout le moins interféré avec la vie privée du requérant (§62). Sur le fond, la Cour a constaté qu'il n'avait pas été procédé à l'examen concret de l'intérêt des enfants (§67), dès lors que le législateur allemand a souhaité protéger la relation familiale existante entre le père légal et l'enfant (§70). La Cour a pointé qu'il n'existait pas d'approche uniforme de la question du droit aux contacts du père biologique, mais que dans la plupart des États, le juge interne avait la possibilité de s'attacher à l'examen de l'intérêt effectif des enfants (§68). Dans ce contexte, elle a conclu que les juridictions nationales avaient interprété le droit allemand d'une manière qui **ne réalisait pas un équilibre adéquat entre les intérêts conflictuels en jeu** (§§71-73).

106. Cette approche a été confirmée dans l'arrêt *Schneider c. Allemagne* du 15 septembre 2011. Ici également, le requérant avait noué une relation avec une femme mariée séparée de son mari. Cette relation avait duré plusieurs années. La dame s'était trouvée enceinte et le requérant l'avait accompagnée pour plusieurs étapes de la grossesse. Le requérant avait même reconnu (non valablement) l'enfant. *In fine*, cependant, la mère avait choisi d'accueillir celui-ci dans le cadre de son mariage et avait repris la vie commune avec son mari, père légal de l'enfant. Comme Monsieur Anayo, Monsieur Schneider avait cherché à obtenir des juridictions allemandes un droit au contact dont le bénéfice ne lui avait pas été alloué. La Cour a tenu dans cette affaire un raisonnement identique à celui déployé dans l'affaire *Anayo* à laquelle elle s'est abondamment référée. Elle a considéré que le requérant avait subi une ingérence dans sa vie privée à tout le moins et dans sa vie familiale peut-être, au regard notamment de l'intérêt qu'il avait manifesté à l'égard de l'enfant. En effet, le requérant avait accompagné la mère à des entretiens médicaux de suivi de la grossesse et avait reçu de celle-ci après la naissance des photos de l'enfant (§§89-90). Suivant la Cour, il n'est pas certain que le meilleur intérêt d'enfants vivant avec leur père légal mais ayant un père biologique différent puisse être déterminé de manière générale et abstraite alors même que c'est précisément cet intérêt qui est absolument primordial dans de telles situations. De l'avis de la Cour, au regard de la variété des situations

possibles, la mise en œuvre d'une balance des intérêts adéquate induit un examen au cas par cas. Dans ce contexte, la Cour a conclu que l'attitude des autorités allemandes, semblable à celle décrite ci-dessus dans l'affaire *Anayo*, n'avait pas respecté le prescrit conventionnel (§100).

2. La reconnaissance de l'existence d'une vie familiale entre la famille d'accueil et l'enfant accueilli

107. La Cour a rendu le 27 avril 2010 un arrêt *Moretti et Benedetti c. Italie* dans le cadre duquel elle a examiné la requête déposée par les parents d'accueil d'un enfant qui avaient été privés de la possibilité de l'adopter. Ils avaient accueilli l'enfant alors qu'il était âgé de un mois et avaient vécu avec lui durant dix-neuf mois alors qu'il franchissait des étapes importantes de sa vie. Pour cette raison, la Cour après avoir rappelé que l'existence d'une vie familiale protégée par la Convention est avant tout une question de fait, a considéré qu'«*il existait entre les requérants et l'enfant un lien interpersonnel étroit et que les requérants se comportaient à tous égards comme ses parents de sorte que des "liens familiaux" existaient "de facto" entre eux*» (§50) et que «*malgré l'absence de tout rapport juridique de parenté, le lien entre les requérants et A. relè(ait) de la vie familiale*» (§51). Sur le fond, la Cour a souligné qu'il n'existait pas de droit à l'adoption, étant entendu cependant que les États ont dans certaines circonstances l'obligation positive de permettre la formation et le développement de liens familiaux (§61). La Cour a jugé plus approprié d'examiner l'affaire sous l'angle des obligations positives (§§62-64). Suivant la Cour, le problème au cœur du dossier était celui de l'accès à l'adoption : alors que l'enfant avait été placé chez les requérants et avait vécu avec eux de nombreux mois, il avait été subséquemment placé dans une autre famille, choisie pour l'adoption (§65). La Cour a relevé que durant la période durant laquelle ils avaient vécu avec l'enfant les requérants avaient formulé une demande d'adoption qui avait été rejetée sans motivation après que l'enfant ait été confié à une autre famille. Les requérants avaient relevé appel et la juridiction d'appel avait considéré que la demande d'adoption des parents d'accueil aurait dû être examinée avant que l'enfant soit déclaré adoptable et qu'une nouvelle famille soit choisie. Cependant, le juge d'appel avait également relevé que l'enfant était bien intégré dans cette nouvelle famille, en manière telle qu'il aurait été inadéquat de mettre en œuvre une nouvelle séparation (§66). Suivant la Cour, l'on était en l'espèce «*en présence d'intérêts difficilement conciliables à savoir ceux de l'enfant et des deux familles en cause*» et «*dans la recherche de l'équilibre entre ces différents intérêts, l'intérêt supérieur de l'enfant (devait) être une considération primordiale*» (§68). La Cour a souligné les exigences procé-

duales contenues dans l'article 8 et a relevé que la demande d'adoption formulée par les parents d'accueil avait été rejetée sans motivation et après que l'enfant ait été déclaré adoptable et confié à une autre famille (§§69-70). Suivant la Cour, la décision rendue en appel n'était pas de nature à réparer la «défaillance» du premier juge dès lors que le passage du temps et l'attachement progressif de l'enfant à sa nouvelle famille avait pérennisé la rupture avec les requérants (§70). La Cour a donc conclu qu'en l'espèce, *«du fait des carences constatées dans le déroulement de cette procédure, (...) il y a eu une méconnaissance de l'obligation positive d'assurer le respect effectif du droit des requérants à leur vie familiale»* (§71).

3. *La prévalence de la relation parentale sur la relation grand-parentale et l'intérêt de l'enfant : une question de temporalité*

108. Dans son arrêt *Amanalachioai c. Roumanie* du 26 mai 2009, la Cour a été amenée à arbitrer les prétentions respectives du père et des grands-parents d'un enfant relativement à la prise en charge de celui-ci. Cet enfant, dont la mère était décédée en 1999, vivait avec son père. En 2001, alors qu'ils recevaient l'enfant chez eux pour des vacances, les grands-parents maternels avaient fait savoir au père qu'ils n'entendaient pas lui remettre l'enfant. Le père avait obtenu dans un premier temps une décision de référé ordonnant le retour de l'enfant. Cette décision n'avait toutefois pas été exécutée et subséquemment les juridictions nationales avaient considéré conforme à l'intérêt de l'enfant qu'il demeure auprès de ses grands-parents, cela alors même qu'à aucun moment les droits parentaux du père n'avaient été supprimés ou réduits par ces mêmes juridictions. La Cour a considéré qu'il lui revenait dans cette affaire de déterminer si les autorités roumaines avaient ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'enfant, du père et, *«dans les circonstances de l'affaire»*, des grands-parents (§79). Elle a rappelé que les États bénéficiaient d'une large marge de manœuvre pour apprécier la nécessité de confier un enfant à d'autres que ses parents, mais qu'il fallait par contre surveiller rigoureusement les limitations supplémentaires (§80). Elle a aussi souligné que l'intérêt de l'enfant était la considération primordiale dans ce type d'affaire et comportait deux volets : d'une part être élevé dans un environnement sain et d'autre part maintenir ses liens avec sa famille. Il s'ensuit, suivant la Cour, qu'il est essentiel que *«seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture d'une partie du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, "reconstituer" la famille»* (§81). Ces principes rappelés, la Cour a souhaité examiner séparément la motivation des décisions internes aux termes desquelles l'enfant était

demeuré auprès de ses grands-parents et les mesures prises par les autorités roumaines pour maintenir le lien entre le requérant et son enfant (§82). Elle a relevé dans un premier temps que les juridictions internes avaient toutes admis que le requérant était capable d'offrir à sa fille des conditions de vie normales et que son affection pour l'enfant était sincère (§85) et que l'argument décisif retenu par les juridictions nationales pour rejeter la demande de retour de l'enfant a été le grand attachement qui existait entre enfant et grands-parents (§89). Dans ce contexte, la Cour a considéré que *«les motifs retenus par les juridictions nationales pour refuser le retour de D. auprès de son père, ne correspondent(aient) pas aux circonstances “tout à fait exceptionnelles” qui pourraient justifier une rupture du lien familial»*, mais elle a néanmoins conclu qu'*«en raison du passage du temps et de l'intégration de D. dans la famille des grands-parents, les juridictions nationales (avaient) pu refuser “pour le moment”, comme elles le not(aient) d'ailleurs elles-mêmes, le retour de l'enfant»* (§90). Sur le terrain des motifs retenus par les juridictions internes, la Cour n'a donc pas relevé de violation de la Convention. Par contre, elle a été amenée à déceler semblable violation dans le cadre de son examen des mesures mises en œuvre par les autorités roumaines pour assurer le maintien et le développement du lien entre l'enfant et son père. Ainsi, la Cour a expressément regretté que *«les autorités ne se soient nullement souciées de la dilution progressive et même de la rupture des relations entre D. et son père, plus particulièrement de l'absence de contacts concrets et effectifs entre les intéressés; ainsi, au lieu d'ordonner des mesures pour maintenir et améliorer, le cas échéant, les rapports entre le père et l'enfant, les juridictions nationales (avaient) préféré laisser le temps régler la situation, ce qui a abouti, vu l'âge et l'attitude de l'enfant, au risque d'une aliénation croissante et définitive entre les deux, qui n'est aucunement à considérer comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant»*⁽¹³⁹⁾.

Dans une affaire similaire, *Lyubenova c. Bulgarie*, qui a donné lieu à un arrêt du 18 octobre 2011, la Cour a au contraire considéré que la décision de maintien de l'enfant chez ses grands-parents violait le prescrit de la Convention, au même titre d'ailleurs que l'absence de mesure de rétablissement et de réfection du lien parental parallèlement à ce maintien chez les grands-parents. En l'espèce, la requérante vivait avec son enfant chez ses beaux-parents. Le père de l'enfant s'était installé aux États-Unis où il vivait avec une autre femme. En septembre 2000, la requérante avait

⁽¹³⁹⁾ Le juge Fura-Sanström, dissident, s'écarte même de la majorité, pour considérer que la violation relevée n'est pas avérée dès lors qu'il n'est pas possible d'écarter l'hypothèse selon laquelle le père aurait lui-même contribué à la consolidation de la situation de séparation.

quitté la résidence de ses beaux-parents pour s'installer dans un appartement à Sofia où elle avait trouvé un travail. Les grands-parents avaient proposé de garder l'enfant auprès d'eux dans un premier temps, en attendant que la requérante finalise son installation. En réalité, peu de temps après son départ de chez ses beaux-parents, ceux-ci l'avaient empêché de voir son fils, alors âgé de 6 ans. Au moment où elle a saisi la Cour, la requérante n'avait plus vu son enfant depuis près de quatre années. Elle avait sollicité les services sociaux, mais la tentative de médiation qu'ils avaient mise en œuvre avait échoué, tandis que l'injonction subséquentement formulée à l'endroit des grands-parents de l'enfant n'avait pas été respectée par eux (§63). Les services sociaux n'avaient pas mis en œuvre les moyens de coercition dont ils disposaient (§§64-65). La requérante s'était tournée vers les juridictions judiciaires et avait obtenu gain de cause en première instance, mais le tribunal régional avait réformé la décision intervenue, pour des raisons procédurales liées à la circonstance que la requérante n'agissait pas conjointement avec son mari pour solliciter le retour de l'enfant (§§66-67). La décision du tribunal poursuivait l'objectif *a priori* légitime de protéger les intérêts de l'autre parent (§68), mais à l'estime des juges de Strasbourg, il y avait lieu pour le juge interne de tenir compte de la circonstance qu'au moment de sa décision le père vivait aux États-Unis depuis plusieurs années et que durant la période qui s'était écoulée entre son départ et l'installation de la requérante à Sofia celle-ci avait exercé *de facto* seule l'autorité parentale (§69). Pour ce premier motif, la Cour a considéré qu'un équilibre adéquat n'avait pas été ménagé entre les intérêts des deux parents (§71). En outre, suivant la cour, la décision du juge d'appel bulgare n'avait pas soigneusement soupesé les différentes dimensions de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, elle a relevé que le tribunal n'avait pointé aucun élément mettant en doute les qualités de parent de la requérante, tandis que la décision litigieuse ne comprenait aucun élément rendant compte de ce que l'aptitude des grands-parents à procurer à l'enfant un environnement propice avait été soigneusement évaluée (§§72-73). Le tribunal s'était fondé sur la seule désaffection de l'enfant vis-à-vis de sa mère, laquelle n'était qu'une conséquence de la séparation, et n'avait par ailleurs conféré aucun caractère temporaire au maintien de l'enfant chez les grands-parents, ni d'ailleurs prévu quelque mesure que ce soit dans le but de renouer le lien parental (§74). Dans ce contexte, il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention (§75).

VII. — Successions⁽¹⁴⁰⁾

109. Dans son célèbre arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, la Cour avait expressément signalé que «le domaine des successions – et des libéralités – entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale», cela dans la mesure où cette vie familiale, protégée par l'article 8 de la Convention, «ne comprend pas uniquement des relations de caractère social, moral ou culturel, par exemple dans la sphère de l'éducation des enfants; elle englobe aussi des intérêts matériels» (§52). Elle avait subséquemment condamné la Belgique à raison notamment de l'inégalité successorale des enfants naturels. Environ dix ans plus tard, la Cour condamnait une nouvelle fois la Belgique sur le fondement des articles 8 et 14 combinés dans son arrêt *Vermeire* du 29 novembre 1991, à raison, cette fois, de l'inégalité successorale des petits-enfants naturels.

Dans son arrêt *Inze c. Autriche* du 28 octobre 1987, la Cour avait décelé une violation de la règle de non-discrimination dans le système autrichien de dévolution des exploitations agricoles héréditaires qui empêchaient l'enfant naturel de devenir l'héritier principal qui reprendrait l'exploitation familiale. Elle avait toutefois articulé son raisonnement sur la conjonction de l'article 14 de la Convention et de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à celle-ci plutôt que des articles 8 et 14 combinés. Dix années après, c'était à la France d'être condamnée dans l'arrêt *Mazurek* du 1^{er} février 2000 à raison de la différence de traitement illégitime dont étaient victimes au plan successoral les enfants adultérins et une nouvelle fois le prisme du respect des biens était préféré à celui du respect de la vie familiale.

⁽¹⁴⁰⁾ En doctrine : A. GOUTTENORE, in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENORE-CORNUT et M. LEVINET, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^e éd. Paris, PUF, 2011, pp. 592-595; Y.-H. LELEU, «De l'arrêt *Marckx* à l'arrêt *Mazurek*, la longue marche des enfants adultérins», note sous Cour eur. D.H., arrêt *Mazurek c. France* du 11 février 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, pp. 397-412; J.-P. MARGUÉNAUD, «L'égalité des droits patrimoniaux de la famille», in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002, pp. 335-351; H. TIGROUDJA, «La discrimination entre enfants», in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), coll. Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, pp. 127-141; dans la jurisprudence de la Cour : arrêt *Merger et Cros c. France* du 22 décembre 2004 (inégalité successorale entre enfants légitimes et adultérins : violation); arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004 (interprétation d'un testament défavorable aux enfants adoptés : violation); arrêt *Mazurek c. France* du 1^{er} février 2000 (inégalité successorale entre enfants légitimes et adultérins : violation); arrêt *Vermeire c. Belgique* du 29 novembre 1991 (inégalité successorale entre enfants légitimes et enfants naturels : violation); arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979 (séance plénière) (inégalité successorale entre enfants légitimes et enfants naturels : violation).

Il y a donc une certaine ambiguïté dans la jurisprudence de la Cour qui appréhende les inégalités entre héritiers tantôt plutôt sous l'angle de la vie familiale, tantôt sous celui du respect des biens. Cette ambiguïté est portée à son paroxysme par l'arrêt *Merger et Cros c. France* du 22 décembre 2004 qui mobilise alternativement les deux fondements pour constater une nouvelle fois, mais dans une autre configuration, la discrimination dont étaient victimes les enfants adultérins dans le droit français des libéralités.

Deux arrêts rendus par la Cour en matière de succession durant la période recensée déploient leurs analyses sous la bannière des articles 8 et 14 de la Convention. Ils concernent tous deux des problématiques assez singulières : l'un concerne la déchéance successorale de l'assassin du défunt, l'autre les inégalités successorales consécutives à la réunification allemande de 1990.

Dans un troisième arrêt, la Cour s'est fondée sur la conjonction des articles 14 de la Convention et de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel pour conclure à la non-violation de ces dispositions par la France dans une situation où un enfant naturel dont la filiation avait été tardivement établie se trouvait privé de tout droit dans la succession de sa mère dès lors que celle-ci avait opéré, plus de dix ans avant l'établissement de sa filiation, une donation-partage au profit de ses enfants légitimes⁽¹⁴¹⁾.

*A. — La vocation successorale de l'héritier de l'assassin
non définitivement condamné*

110. Dans une affaire *Velcea et Mazare c. Roumanie* du 1^{er} décembre 2009, la Cour s'est trouvée confrontée à une situation particulièrement tragique. Un homme avait tué son épouse et était lui-même décédé avant d'avoir pu être condamné par les juridictions pénales. En conséquence, le frère du meurtrier s'était trouvé en position d'héritier indirect de la victime. Cette situation résultait de l'interprétation faite par les juridictions nationales du régime des causes d'indignité successorale. Suivant les requérants, père et sœur de la victime, l'époux meurtrier aurait dû être déclaré indigne de succéder ce qui aurait empêché sa famille de venir par représentation à la succession. Ils estimaient que cette situation inique méconnaissait leur droit au respect de la vie privée familiale. La Cour a tout d'abord rappelé que «*la vie familiale ne comprend pas uniquement des*

⁽¹⁴¹⁾ L'on aura encore égard à l'arrêt *Genovese c. Malte* du 11 octobre 2011 dans lequel la Cour constate une violation des articles 8 et 14 de la Convention à raison d'une différence de traitement injustifiée entre enfants légitimes et naturels s'agissant de l'acquisition de la nationalité.

relations de caractère social, moral ou culturel, par exemple dans la sphère de l'éducation des enfants; elle englobe aussi des intérêts matériels, comme le montrent notamment les obligations alimentaires et la place attribuée à la réserve héréditaire dans l'ordre juridique interne de la majorité des États contractants» et que *«le domaine des successions et des libéralités entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale»* (§125). La Cour a alors considéré que l'article 8 était applicable en précisant qu'en l'espèce la contestation ne portait pas sur le droit des requérants de recevoir une certaine part de la succession, mais bien sur la qualité des successeurs (§126). Elle s'est abstenue de choisir entre l'angle d'une ingérence et celui des obligations positives (§127) et a relevé qu'il s'agissait d'arbitrer entre les intérêts respectifs des requérants et de l'héritier désigné par le droit des successions roumain (§128). La Cour a relevé que la Convention n'exige pas des États membres qu'ils prévoient des situations d'indignité successorale, mais que si un État prévoit des causes d'indignité, alors celles-ci doivent être mises en œuvre d'une manière conforme à leur but (§129). Suivant la Cour, l'exigence légale d'une condamnation pénale pour meurtre afin de qualifier une personne d'indigne de succéder est garante de sécurité juridique (§128), étant toutefois entendu que dans certaines circonstances l'application trop rigide des dispositions légales peut se révéler contraire à l'article 8 de la Convention (§129). En l'espèce elle a conclu, dès lors que la culpabilité du mari de la défunte ne faisait pas de doute (aveu de l'auteur, constat du Parquet, reconnaissance par la famille), que *«sans ignorer l'importance du principe de la sécurité juridique dans tout ordre juridique national, principe dont elle a, à maintes reprises, affirmé l'importance, la Cour estime, au vu des circonstances particulières de la présente espèce, que l'interprétation de la disposition du Code civil régissant les causes d'indignité a été trop restrictive, au détriment de la vie familiale du requérant»* (§131). En d'autres termes, les circonstances exceptionnelles de la cause induisaient que l'on s'écarte de l'*«application mécanique»* des dispositions du Code civil (§133). En se livrant à une telle application mécanique, les autorités roumaines avaient **violé l'article 8 de la Convention** (§134).

B. — *L'égalité successorale des enfants nés hors mariage
face au temps et à l'espace*

111. Dans son arrêt *Brauer c. Allemagne* du 28 mai 2009, la Cour s'est penchée sur la problématique des droits successoraux des enfants nés hors mariage dans le contexte du partage de l'Allemagne en RDA et RFA. La requérante avait été reconnue par son père quelques mois après sa naissance, mais elle avait grandi en RDA alors que son père vivait en RFA. Ils

s'étaient cependant régulièrement écrit et avaient en outre approfondi leur relation après la réunification allemande. Le père de la requérante était décédé en 1998 et elle avait cherché sans succès à obtenir des juridictions internes la reconnaissance de sa vocation successorale. Au cœur de l'espèce gisait ainsi une exception maintenue en droit civil de la RFA suivant laquelle les enfants nés hors mariage avant le 1^{er} juillet 1949 étaient exclus de la succession légale, cela alors même qu'au fil de réformes successives, le législateur allemand a veillé à assimiler progressivement les enfants nés hors mariage à ceux nés dans le mariage au plan successoral. La Cour a en premier lieu relevé que les faits de la cause entraient dans le champ de l'article 8 en manière telle que les articles 8 et 14 combinés de la Convention trouvaient à s'appliquer (§§31-32). La Cour a considéré qu'il existait indubitablement une différence de traitement entre la requérante et les enfants nés dans le mariage, et les enfants naturels nés après le 1^{er} juillet 1949, et les enfants naturels nés avant le 1^{er} juillet 1949 auxquels le droit de l'ancienne RDA était applicable (§34). Elle a rappelé que la Convention est un instrument vivant (§40) et a estimé qu'au regard de l'évolution du contexte européen les objectifs de prévisibilité ou de sécurité juridique ou de protection du *de cuius* invoqués par le gouvernement allemand pour justifier le maintien de l'exclusion litigieuse – fussent-ils légitimes (§41) – devaient s'effacer devant l'impératif d'égalité entre les enfants (§§42-43). La Cour a accordé en outre une importance décisive à la circonstance que le *de cuius* n'avait pas d'autre famille proche que la requérante qui s'était trouvée privée de droits successoraux sans aucune compensation financière quelconque, en manière telle que l'objectif de protection du *de cuius* et de sa famille ne correspondait, en l'espèce, à aucun intérêt concret et effectif (§44). Par ailleurs, la requérante avait grandi en RDA dans un contexte social d'égalité entre les enfants naturels et légitimes et ne se voyait appliquer la législation de l'ancienne RFA que parce que son père se trouvait y résider au moment de la réunification allemande (§44). Au regard de ces éléments, et n'apercevant aucun motif propre à justifier la différence de traitement incriminée, la Cour a constaté que **l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention avait été violé** (§45).

112. L'affaire *Fabris c. France*⁽¹⁴²⁾ mettait en cause l'attitude des autorités françaises face à une situation dans laquelle un lien de filiation avait été établi entre une femme et son enfant adultérin (en 1983) après que cette femme ait procédé (en 1970) à la donation-partage de ses biens à ses deux enfants légitimes. L'enfant adultérin, requérant devant la Cour, avait formé opposition à l'acte de partage considéré, mais les juridictions

⁽¹⁴²⁾ Cette affaire a fait l'objet d'un renvoi devant la grande chambre.

françaises avaient rejeté sa demande, au motif que la loi française du 3 décembre 2001 relative aux droits successoraux des enfants naturels n'était pas applicable aux successions qui avaient donné lieu à partage avant le 4 décembre 2001, ce qui était le cas en l'espèce. Le requérant estimait avoir été victime d'une différence de traitement discriminatoire liée à son statut d'enfant adultérin. Suivant la Cour, les articles 14 et 1P1 combinés trouvaient à s'appliquer. À son estime en effet, «*il ne saurait être valablement soutenu, compte tenu notamment des affaires Mazurek et Merger et Cros précitées, que les intérêts du requérant ne tombaient pas "sous l'empire" ou "dans le champ d'application" de l'article 1 du Protocole no 1*» (§40). La Cour a d'emblée relevé que la Convention ne comportait pas de droit à hériter de son parent défunt, mais que si un État ouvrait des droits successoraux, il lui revenait d'organiser la dévolution d'une manière conforme au prescrit de l'article 14 (§41). Sur le fond, la Cour s'est référée une nouvelles fois à ses arrêts *Mazurek* et *Merger et Cros*, pour rappeler qu'il n'existe aucun motif susceptible de justifier une différence de traitement fondée sur la naissance hors mariage (§51). Elle a pointé que les droits successoraux des enfants adultérins avaient été organisés en France par les lois du 3 janvier 1972 et du 3 décembre 2001 et que chacune de ces deux lois était pourvue de dispositions transitoires dont l'application à la situation du requérant constituait le noyau dur de la controverse (§55). Ainsi, la Cour de cassation avait considéré que dès lors que le partage était intervenu en 1970 et que la loi du 3 décembre 2001 n'était applicable qu'aux successions partagées après le 4 décembre 2001, cette loi – qui alignait les droits successoraux des enfants naturels sur ceux des enfants légitimes – n'était pas applicable à la situation du requérant (§57). Pour la Cour, l'affaire se distinguait des deux précédents *Mazurek* et *Merger et Cros*, dès lors que, dans ces deux affaires, le partage n'avait pas encore été réalisé et au regard de cette différence, l'attitude des autorités françaises réalisait un équilibre acceptable entre les intérêts en conflit des enfants légitimes qui avaient bénéficié en 1970 d'une donation-partage et du requérant qui avait établi sa filiation maternelle plus de dix ans plus tard en 1983 (§57). La Cour a donc conclu à la **non-violation de la Convention** (§§58-59)⁽¹⁴³⁾. Cette affaire a cependant fait l'objet d'un renvoi devant la grande chambre de la Cour.

⁽¹⁴³⁾ Voy. cependant l'opinion dissidente des juges Spielmann et Costa. Selon ces deux juges, le moment du partage était litigieux dès lors que dans le cadre de la donation-partage la défunte avait déclaré solennellement n'avoir d'autre enfant que les donataires et que dès lors le requérant considérait que cet acte conjugué au décès de sa mère en 1994 n'avait pas réalisé le partage. Les juridictions françaises avaient donc dû procéder à l'interprétation de la disposition transitoire litigieuse et ce faisant elles avaient privé le requérant de tout droit dans la succession de sa mère au profit des deux enfants

Conclusion

113. Durant la période recensée, la Cour a produit une jurisprudence riche qui alimente la réflexion à de multiples égards. La jurisprudence présentée permet de faire le point sur le contenu actuel des notions de vie privée et de vie familiale qui déterminent ensemble **les contours** de l'intervention de la Cour en matière de droit des personnes et des familles. Elle permet aussi de réfléchir à **l'intensité** du contrôle opéré par la Cour sur les options prises par les autorités étatiques et de s'interroger sur l'interaction des éléments qui déterminent cette intensité.

114. En matière d'**état de la personne**, la Cour a signalé clairement que la tenue des registres de l'état civil et les éventuels manquements dans cette administration participent de *la vie privée et/ou de la vie familiale* protégée par la Convention. Elle a confirmé par ailleurs une certaine disponibilité de l'état des personnes, suspendue à *l'exigence d'effectivité* : il est ainsi loisible de changer de nom ou de prénom pour autant que le changement postulé corresponde au nom ou prénom utilisé dans les interactions avec autrui. La Cour a par ailleurs transposé au changement de sexe l'exigence que des éléments de la vie privée et familiale ne soient pas décidés sur le fondement de règles générales, abstraites et inflexibles, mais puissent au contraire faire l'objet d'*un examen in concreto* prenant en considération l'ensemble des éléments pertinents. Elle a enfin transposé à l'attribution de la nationalité sa jurisprudence relative à l'interdiction de la *discrimination fondée sur la naissance*.

115. La Cour a, au cours de la période recensée, rendu de nombreux arrêts en matière de **protection de la personne**. Elle a notamment confirmé expressément le principe suivant lequel les États doivent garantir aux

légitimes de celle-ci. Suivant les juges Spielmann et Costa, il n'y a «*aucun motif suffisant pour justifier une interprétation des textes législatifs qui entraînerait une discrimination fondée sur la naissance hors mariage, et ce d'autant moins que le requérant a été totalement exclu de la succession de sa mère, son action en réduction ayant été déclarée irrecevable*» et «*en outre, la jurisprudence sur la question est désormais bien établie (Mazurek, précité, Pla et Puncernau, précité, Merger et Cros c. France, no 68864/01, 22 décembre 2004, Brauer, précité) et, compte tenu des circonstances de l'espèce, les juges nationaux auraient dû faire primer la disposition législative transitoire dans son sens le plus conforme à la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour. En présence d'une controverse quant à la loi applicable, eu égard aux dispositions transitoires des deux lois précitées, ils auraient dû appliquer la disposition législative la plus favorable au requérant, enfant adultérin. L'interprétation par les juridictions internes de la loi applicable ne pouvait se faire exclusivement à la lumière du contexte prévalant au moment de l'acte de donation-partage de 1970, d'autant que la filiation du requérant avait été établie ultérieurement, ce qu'elles auraient dû prendre en compte (mutatis mutandis, Pla et Puncernau, précité, § 62)*».

individus *une certaine maîtrise de l'information* qui les concerne. Ils doivent pouvoir y accéder et l'usage qui est fait par les autorités étatiques des données à caractère personnel relatives à un individu doit être soigneusement encadré et strictement mesuré à l'aune de ce qui est indispensable au déploiement des politiques publiques considérées. Les individus sont aussi libres *d'adopter les attitudes, de porter les vêtements et de nouer les relations* qu'ils jugent adéquats et propres à assurer le développement de leur personnalité. Les restrictions ou sanctions prises par un employeur à l'égard d'un employé sur le fondement de comportements qui relèvent de la sphère de la vie privée garantie par la Convention doivent ainsi être strictement limités à ce qui est nécessaire, y compris lorsque l'emploi considéré est une mission de service public ou sacerdotale. La maîtrise ou la disposition de soi ne va, toutefois, pas jusqu'à induire *la possibilité de décider soi-même sans limite du moment et des conditions de son décès*, comme la Cour a pu le rappeler dans son arrêt *Haas c. Suisse*. Dès lors que la sécurité est une condition du développement personnel, les femmes qui sont victimes de *violences conjugales* méritent, au titre de personne vulnérable, la protection de l'article 8 qui met à la charge des États une obligation de diligence particulière face aux violences domestiques, tandis que les *personnes fragiles ou fragilisées* doivent être protégées par des régimes d'incapacités procéduralement et substantiellement orientés vers un maintien maximal de la liberté individuelle.

116. En matière de **procréation**, la Cour a été amenée, dans ses arrêts *S.H. et autres c. Autriche* et *A, B et C c. Irlande* à appréhender deux questions particulièrement sensibles qui relèvent toutes deux du droit de procréer et de ne pas procréer : l'accès à la fécondation *in vitro* avec don de gamètes et l'accès à l'avortement thérapeutique. Dans les deux affaires, la grande chambre a validé les positionnements étatiques en considérant que les interdictions considérées relevaient de la marge d'appréciation des États. La Cour avait pu mettre en évidence des *consensus européens* favorables respectivement à la procréation médicalement assistée avec donneur et à l'avortement thérapeutique, mais elle a considéré que les consensus considérés ne présentaient pas une fermeté suffisante pour réduire substantiellement l'autonomie de l'Autriche et de l'Irlande. De même, dans les deux affaires, la Cour a pris en considération les spécificités des États défendeurs et, singulièrement, l'absence de consensus au sein de la société autrichienne sur les *questions morales* posées par la procréation médicalement assistée, d'une part, et les *valeurs morales* irlandaises dont la protection de la vie de l'enfant à naître est un aspect, d'autre part. Enfin, l'une et l'autre décision mettent en évidence la circonstance que le droit des États défendeurs n'interdit pas aux personnes dans la situation

des requérants – désireuses de mettre au monde un enfant par FIV ou de subir un avortement – de *franchir les frontières* pour bénéficier à l'étranger des traitements considérés.

117. En matière de **relations conjugales**, la Cour a expressément signalé, après avoir relevé l'évolution rapide des attitudes sociales à l'égard des couples de même sexe et l'émergence et le développement rapide d'un consensus européen en faveur de la reconnaissance de ces couples, que la conjugalité homosexuelle stable relevait de la *vie familiale* protégée par la Convention. Cependant, les exigences des articles 8 et 14 de la Convention n'induisent pas l'obligation pour les États membres d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, ni – à ce stade – celle d'ouvrir à ces mêmes couples un statut conjugal alternatif. Par ailleurs, la Cour admet l'existence de certaines *différences de traitement* entre les époux, les partenaires enregistrés et les cohabitants de fait à raison notamment des engagements distincts qu'impliquent leurs statuts respectifs et de la marge de manœuvre large qui doit être reconnue aux États relativement aux mesures générales, économiques et sociales. Enfin, la Cour a expressément confirmé que la cohabitation non conjugale ne pouvait être considérée comme une situation analogue à la cohabitation conjugale, maritale ou non.

118. En matière de **relations parentales**, la Cour a constaté expressément que la société évoluait vers un partage plus équitable des responsabilités parentales entre hommes et femmes et que le rôle des pères était de plus en plus reconnu dans les États membres. Dans ce contexte, elle a rendu plusieurs arrêts de violation dans différentes affaires où était dénoncée la *situation défavorable des pères* par exemple au plan de l'exercice de l'autorité parentale ou du bénéfice des prestations sociales liées à la prise en charge d'un enfant. Par ailleurs, la Cour a expressément souligné que le père biologique et la famille d'accueil d'un enfant pouvaient se prévaloir de l'existence entre eux et l'enfant d'une *vie familiale* protégée par la Convention pour autant que la relation à l'enfant présente une certaine effectivité. Enfin, la Cour a pu, durant la période recensée, relativiser la force de certains principes tels que celui du retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement ou celui de la prévalence de la relation parentale sur la relation grand-parentale au bénéfice d'un *intérêt de l'enfant* confirmé en principe décisive ultime.

119. En matière de **filiation**, la Cour a expressément signalé que, pour la mère d'un enfant né hors mariage, l'établissement de la filiation paternelle de cet enfant relève de la *vie privée* protégée par la Convention. La Cour a par ailleurs confirmé dans plusieurs affaires le caractère inaccep-

table des situations dans lesquelles un enfant, fût-il âgé, se trouve empêché par des obstacles strictement procéduraux de connaître et d'établir sa filiation. Par contre, si les obstacles procéduraux à la contestation de paternité permettent le maintien d'un lien conforme à l'intérêt et/ou à la volonté de l'enfant, la Convention n'est pas violée. Ainsi, ne constitue pas une violation de la Convention la situation où un homme est empêché d'agir en contestation de sa propre paternité alors que la vérité biologique n'est pas connue et que l'enfant n'a jamais manifesté la volonté de vérifier sa paternité. De même, l'impossibilité pour le père biologique de contester la paternité du père légal, alors que c'est lui-même qui élève seul les enfants, ne viole pas l'article 8 de la Convention dès lors notamment que les enfants pourront eux-mêmes agir en contestation de cette paternité ultérieurement s'ils le souhaitent. Enfin, dans deux décisions, la Cour a souligné que l'intérêt dans la connaissance de l'identité variait avec le degré de proximité : l'intérêt qu'il peut y avoir à l'établissement ou la suppression d'un rapport de grand-parenté doit s'effacer devant l'intangibilité du corps et le respect des morts, les intérêts prioritaires de parents du premier degré ou la sécurité juridique.

120. En matière d'adoption, la Cour a admis que deux femmes lesbiennes qui éduquent la petite fille mise au monde par PMA par l'une d'entre elles composent avec cet enfant une *vie familiale* protégée par l'article 8. La Cour a également souligné que la *vulnérabilité* de l'enfant adopté induisait un souci accru de la protection de son *intérêt* et qu'en conséquence il n'y avait pas plus de droit de mettre fin à une adoption que de droit d'adopter, étant entendu en particulier que l'annulation d'une adoption ne pourrait être acceptée au titre de sanction de l'ingratitude prétendue de l'adopté à l'égard des adoptants. Enfin, la Cour semble accorder en matière d'adoption comme en matière de filiation un poids déterminant à la *volonté* de l'enfant notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier la légitimité d'une adoption prononcée par les autorités internes sans le consentement des parents de l'enfant.

121. Dans toutes les affaires, il revient à la Cour de décider si les faits de la cause relèvent du champ d'application des articles 8, 12 et 14 de la Convention avant de déterminer, en ayant égard notamment à l'existence ou à l'absence d'un consensus européen, l'intensité du contrôle qu'il lui revient d'opérer. Ce double exercice est particulièrement ardu dès lors que tant l'assiette des dispositions considérées que la teneur des perceptions partagées par les États européens sont nécessairement et irrémédiablement caractérisées par leur fondamentale évolutivité. La Cour s'attèle donc à un réajustement perpétuel du champ matériel de son contrôle et de

la teneur du test de conventionnalité. Ce faisant, elle ne manque pas de s'exposer aux critiques. En effet, la Cour, en déterminant, pour chaque affaire, l'assiette et l'intensité de son contrôle, exprime la perception qu'elle a de son propre rôle de juridiction supranationale protectrice des droits de l'homme. Elle déçoit alors le plus souvent, nécessairement, soit ceux qui mettent au premier plan l'exigence d'effectivité des droits garantis et invitent la Cour à un certain activisme, soit ceux qui insistent davantage sur le principe de subsidiarité et appellent à la mise en œuvre d'un certain *self-restraint* juridictionnel. La Cour de Strasbourg ne peut sans doute pas éviter le double écueil de ces reproches symétriques, mais la recherche de la cohérence jurisprudentielle constitue certainement la meilleure manière d'y répondre. Assurément, la recherche d'une telle cohérence jurisprudentielle n'est pas chose aisée, au regard de la grande diversité des sensibilités et des perceptions qui coexistent au Palais des droits de l'homme. Il n'empêche que pareille recherche, appuyée sur la mise en œuvre d'une méthodologie rigoureuse et transparente, paraît être la condition du maintien de la perception de la Cour de Strasbourg comme une juridiction tout à la fois efficace et légitime. Le droit des personnes et des familles est certainement celui qui a le plus contribué, hier, à la mise au point des principes d'interprétation de la Convention. Sa sensibilité exacerbée, liée à un ancrage dans les traditions socio-historiques des ordres juridiques nationaux, en fait aujourd'hui un terrain privilégié pour la réflexion sur leur mise en œuvre.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

F. KRENC et M. PUÉCHAVY M. (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et Justice, n° 78, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, pp. 55-87; J.-J. LEMOULAN et M. LUBY M. (dir.), *Le droit à une vie familiale*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2007; F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002; F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et Justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005; F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et M. LEVINET M., *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^e éd. Paris, PUF, 2011, pp. 459-607; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnselen van personen- en familie-recht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Groningen, Oxford,

Intersentia, 2003; F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2000.