



HAL
open science

La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme

Orapim Prasong

► **To cite this version:**

Orapim Prasong. La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme. Droit. Université de Bordeaux, 2016. Français. NNT : 2016BORD0137 . tel-01384603

HAL Id: tel-01384603

<https://theses.hal.science/tel-01384603>

Submitted on 20 Oct 2016

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

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

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED n° 41)
DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

par Orapim PRASONG

La protection des droits de l'enfant
par la Cour européenne des droits de l'homme

sous la direction d'Adeline GOUTTENOIRE

soutenue le lundi 19 septembre 2016

Membres du jury :

Mme Catherine GAUTHIER, maître de conférences, université de Bordeaux, examinateur
M. Frédéric SUDRE, professeur des universités, université de Montpellier, rapporteur
Mme Adeline GOUTTENOIRE, professeur des universités, université de Bordeaux, directrice de recherches
M. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, professeur des universités, université de Limoges, rapporteur

Titre : La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme

Résumé : Bien que non conçue initialement comme une Convention centrée sur l'enfant, la Convention européenne des droits de l'homme a généré, grâce à l'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence la plus abondante de tous les instruments de ce type concernant les droits de l'enfant. Disposant d'un espace juridique favorable à une interprétation dynamique en vue de protéger les droits de l'enfant, la Cour européenne manque de texte sur lequel elle peut fonder une interprétation favorable aux droits de l'enfant. C'est ainsi qu'elle se réfère principalement à la Convention internationale des droits de l'enfant, l'instrument de protection spécifique des droits de l'enfant le plus précis et le plus adapté. A travers la mobilisation des dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant et l'intégration de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant contenue dans cet instrument dans son raisonnement la Cour européenne utilise cette Convention comme instrument de construction de sa propre jurisprudence relative à la protection spécifique des droits de l'enfant. Mais si l'intégration de cette Convention dans le raisonnement de la Cour européenne constitue un facteur d'harmonisation dans la mesure où elle incite les Etats membres du Conseil de l'Europe à mettre en œuvre ce traité international tout en leur fournissant une interprétation commune de ses dispositions, aucune uniformité absolue ne s'impose. L'étude de la jurisprudence de la Cour européenne souligne sa volonté croissante de faire de la Convention européenne des droits de l'homme un instrument conventionnel subsidiaire de la protection spécifique des droits de l'enfant.

Mots-clés : Cour européenne des droits de l'homme ; Convention européenne des droits de l'homme ; enfant ; droits de l'enfant ; protection des droits de l'enfant ; Convention internationale des droits de l'enfant ; intérêt de l'enfant ; intérêt supérieur de l'enfant ; vulnérabilité ; vulnérabilité de l'enfant ; instruction ; liberté et sûreté ; intégrité physique ; respect de la vie privée et familiale ; relations parents-enfants ; filiation ; connaissance de ses origines ; déplacement illicite d'enfants ; assistance éducative ; immigration

Title : Child's rights protection by the European Court of Human Rights

Abstract : Although not originally designed as a child-centered Convention, the European Convention on Human Rights generated through the dynamic interpretation of the European Court of Human Rights, the most abundant case law of all the instruments of this type on the rights of the child. With a favorable legal space to protect child's rights, the European Court lacks a text on which it can base an interpretation on. That is why it mainly refers to the Convention on the Rights of the Child, which is the most detailed and the most suitable Convention for protecting child's rights specifically. Through the mobilization of the UN Convention on child's rights and the integration of the concept of the best interest of the child contained in this instrument in its reasoning, the European Court uses this Convention as a tool to construct its own case law on the specific protection of child's rights. But if the integration of this Convention in the reasoning of the European Court is a factor of harmonization to the extent that it encourages the Member States of the Council of Europe to implement the international treaty while providing a common interpretation its provisions, no absolute uniformity is required. The study of the European Court's case law underlines its growing will to make the European Convention on Human Rights a subsidiary conventional instrument to child's rights protection.

Keywords : European Court of Human Rights ; European Convention on Human Rights ; children ; Rights of the Child ; protection of child's rights ; the Convention on the Rights of the Child ; interests of the child ; child's best interest ; vulnerability ; children's vulnerability ; education ; freedom and security ; physical integrity ; respect for private and family life ; parent-child relationships ; parentage ; knowledge of its origins ; unlawful removal of children ; educational assistance ; immigration

Unité de recherche

Centre européen de recherches en droit des familles, des assurances, des personnes et de la santé,
CERFAPS EA 4600 – 16 avenue Léon Duguit, CS 50057, F 33608 Pessac cedex

Sommaire

Introduction	11
Première partie : La protection catégorielle des droits de l'enfant	29
Titre 1 : Le droit de l'enfant à l'instruction	33
Chapitre 1 : Les principes généraux relatifs au droit à l'instruction	37
Section 1 : Le droit d'accès à l'instruction	38
Section 2 : La diffusion des connaissances	63
Chapitre 2 : La place de la religion dans le milieu scolaire	83
Section 1 : La place de la religion dans le milieu scolaire et l'accès à l'instruction	83
Section 2 : La place de la religion dans le milieu scolaire et la diffusion des connaissances	97
Titre 2 : La protection de l'intégrité physique et de la liberté de l'enfant	125
Chapitre 1 : La protection de l'enfant délinquant	127
Section 1 : Le droit de l'enfant délinquant à un procès équitable	128
Section 2 : La protection de la liberté et de l'intégrité physique de l'enfant délinquant	157
Chapitre 2 : La protection de l'enfant victime	185
Section 1 : La protection de l'enfant étranger dans le cadre du contrôle de l'immigration	185
Section 2 : La protection de l'enfant victime de mauvais traitements	210
Deuxième partie : La protection substantielle des droits de l'enfant par le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre du droit au respect de la vie familiale	267
Titre 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant et la protection des relations parents-enfants	269
Chapitre 1 : La protection des relations parents-enfants après une séparation parentale	275
Section 1 : L'organisation de la séparation parentale dans l'intérêt supérieur de l'enfant	275
Section 2 : L'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre du déplacement illicite	298
Chapitre 2 : L'ingérence de l'Etat dans les relations parents-enfants	323
Section 1 : La protection de l'enfant contre ses parents	323
Section 2 : Le maintien des relations parents-enfants face à la politique d'immigration	352
Titre 2 : L'intérêt supérieur de l'enfant et le rattachement de l'enfant à sa famille	379
Chapitre 1 : Le rattachement de l'enfant à sa famille biologique	383
Section 1 : La connaissance de ses origines	383
Section 2 : La filiation	404
Chapitre 2 : Le rattachement de l'enfant à sa famille affective	431
Section 1 : La reconnaissance des liens de filiation légalement établis à l'étranger	432
Section 2 : La consécration du lien de filiation en l'absence de tout lien de parenté	455
Conclusion générale	491
Bibliographie	503
Index alphabétique	535
Table des matières	539

Introduction

1 Reconnaissance progressive des droits de l'enfant. Plus encore que l'esclave, l'enfant n'a pas besoin de droit pour Aristote parce que le lien qui unit les parents à l'enfant est naturel et garantit son bien : « En effet, nous dit Aristote, les parents chérissent leurs enfants comme étant quelque chose d'eux-mêmes »¹. Considéré comme le prolongement de leurs parents, les enfants n'auraient alors pas besoin de droit. Par nature, les parents aiment leurs enfants et recherchent leur bien. Il n'est donc pas besoin de droit de l'enfant. Cette conception est évidemment aujourd'hui totalement dépassée, car comme l'affirme le philosophe Dominique Youf « nous affirmons aujourd'hui que l'enfant est un sujet de droit que peut avoir des intérêts différents de ceux de ses parents »². Selon cet auteur, la reconnaissance des droits de l'enfant est le fruit de la dynamique de l'égalité : l'enfant est désormais considéré comme notre égal, il est, comme tout le monde, titulaire de droits même s'il n'a pas encore les moyens physiques et intellectuelles de les exercer.³ Avec l'évolution de la société, la reconnaissance des droits de l'enfant s'est développée, de manière progressive. Pour illustrer ce phénomène, il suffit de se référer à deux textes importants : la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 et la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989. Trente ans avant l'adoption de la Convention internationale des droits de l'enfant, la Déclaration de 1959 ne considérait l'enfant que comme un objet de droit, et proclamait surtout les droits de l'enfant à la protection et à l'éducation. La Convention internationale des droits de l'enfant, quant à elle, ne pense plus l'enfant dans sa négativité, mais également dans sa subjectivité. L'enfant n'est plus seulement objet de droit, il doit être reconnu comme sujet, capable d'avoir un avis sur son intérêt.

¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. fra. J. Tricot, Paris, Vrin, 1983. VIII, 14, 1161 b, 18.

² D. Youf, « La Convention internationale des droits de l'enfant : ses raisons d'être », *LPA* 2010, n° 200, p. 3.

³ *Ibid*

2 Enfant sujet de droit. Si l'enfant a, depuis longtemps, été objet de protection légale, il a également toujours été sujet de droit. La personnalité juridique de l'enfant n'ayant jamais été niée, le mineur est évidemment titulaire de l'ensemble des droits reconnus à tout sujet de droit : droit à la vie privée, droit de propriété, etc⁴. Depuis le milieu du XXe siècle, l'enfant s'est vu en outre reconnaître des droits spécifiques dont ne bénéficient pas les adultes, du fait de ses besoins propres et de sa qualité d'être en devenir. Entre ces deux catégories de droit subjectif dont l'enfant est titulaire, apparaît une catégorie intermédiaire composée des droits reconnus à tous les sujets de droit mais qui revêt un certain particularisme lorsque le titulaire est un enfant. Il s'agit par exemple du droit au respect de la liberté et de son intégrité physique. Ces droits doivent être mis en œuvre de manière spécifique parce que le sujet est une personne vulnérable et susceptible d'évolution⁵.

3 CEDH : protecteur des droits de l'enfant. Disposant d'un espace juridique favorable à une interprétation dynamique en vue de protéger les droits de l'enfant, la Cour européenne des droits de l'homme est un protecteur intéressant des droits de l'enfant. Les arrêts de la Cour sont revêtus de l'autorité de la chose interprétée. Avec le principe, l'autorité des arrêts de la Cour européenne n'est pas limitée à celle de la chose jugée mais elle s'étend à celle de la jurisprudence. Définie comme l'autorité attachée à la Cour en tant que celle-ci interprète et fait vivre la Convention européenne et ses protocoles, l'autorité de la chose interprétée est fondée sur la compétence d'harmonisation de l'interprétation de la Convention dévolue à la Cour⁶. La jurisprudence de la Cour européenne est ainsi importante au regard du développement de la protection des droits de l'enfant. Ainsi, la Cour énonce que « ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention, et à contribuer de la sorte au respect, par les Etats, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes »⁷. Sa jurisprudence lui a permis d'adapter la Convention à l'évolution de la société.

⁴ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^e éd., 2014, n° 135, p. 91.

⁵ *Ibid.*

⁶ F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, G. Gonzalez, L. Milano, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme* (ci-après *GACEDH*), n° 74, PUF, coll. Thémis droit, 7^e éd., 2015.

⁷ *Irlande c/ Royaume-Uni* du 18 janvier 198, A. 25.

4 Plan. Avant d'analyser la façon dont la Cour européenne est amenée à protéger les droits de l'enfant, il convient d'abord de définir l'enfant (I.), titulaire des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (II.) qui a besoin d'une protection spécifique par la Cour européenne des droits de l'homme (III.).

I. La définition de l'enfant

5 Double sens. Le mot « enfant » possède en effet un double sens⁸. Le vocabulaire juridique Capitant en donne une première définition qui fait de l'enfant « un descendant au premier degré, fils ou fille sans considération d'âge ; l'enfant est alors caractérisé par le lien de filiation qui le relie à une personne d'une autre génération, indépendamment de son âge ». Le vocabulaire Capitant assimile ensuite, dans une seconde définition, l'enfant au mineur, le caractérisant alors par sa jeunesse ; l'enfant est donc *le petit homme*⁹, celui qui n'a pas encore acquis toutes les qualités nécessaires pour assumer les devoirs et responsabilités de la vie sociale et juridique.

6 Début de l'enfance. La Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais fixé de manière définitive l'âge du début de l'enfance ou l'âge à partir duquel la protection de l'enfance doit s'exercer. La question ne s'est pas véritablement posée en tant que telle à la Cour qui dans un certain nombre d'arrêts qualifie d'enfant des personnes adultes au regard de leur lien de filiation. Les juges de Strasbourg préfèrent adopter une approche au cas par cas pour déterminer si les enfants en tant que groupe sont en mesure de bénéficier d'un droit spécifique, puis si un enfant spécifique est admis à bénéficier d'un droit spécifique. La question du début de l'enfance n'a été abordée qu'indirectement par la Cour européenne des droits de l'homme dans le contexte du droit à la vie. Dans l'affaire *X. c/ Royaume-Uni* du 13 mai 1980, la Commission européenne des droits de l'homme devait trancher la question de savoir si l'enfant à naître bénéficie des garanties de l'article 2. La Commission, rejetant le droit absolu à la vie du fœtus en raison du besoin de protéger la vie de la mère, s'est efforcée de définir l'expression « toute personne » et a relevé que, « dans la quasi-totalité de ces cas, le mot est utilisé de telle manière qu'il ne peut s'appliquer qu'après la naissance ». Les juges de Strasbourg ont pris soin cependant de laisser la porte ouverte en ajoutant : « mais on ne saurait

⁸ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, préc., n° 5, p. 3.

⁹ J. Hauser, « Des petits hommes ou des petits hommes », in J. Rubellin-Devichi et R. Franck, *L'enfant et les convention internationales*, PUL 1996, p. 471.

totaleme nt exclure une telle application dans un cas rare [...] »¹⁰. La Cour européenne, dans l'affaire *Vo c/ France* du 8 juillet 2004¹¹ concernant le cas d'interruption involontaire dans lequel les droits de la mère et de l'enfant à naître convergeaient, a aussi examiné la situation au niveau européen et constaté l'absence de consensus sur le caractère et le régime juridique de l'embryon et/ou de fœtus. Ainsi elle considère qu'il n'était ni souhaitable ni même possible de répondre de manière abstraite à la question de savoir si l'enfant à naître est une personne aux fins de l'article 2.

7 Fin de l'enfance. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas été amenée à décider du moment où l'enfance prend fin. Mais cette période est généralement définie par la négative par les Etats et les Conventions spécifiques relatives à la protection des droits de l'enfant. L'on peut ainsi citer la Convention internationale des droits de l'enfant qui prévoit dans son article 1^{er} que « au sens de la présente convention, un enfant s'étend de tout être humain âgé de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plutôt en vertu de la législation qui lui est applicable ».

8 Périodes intermédiaires et capacité évolutive de l'enfant. Le principe de la capacité évolutive de l'enfant « découle de la reconnaissance que l'enfance ne saurait s'analyser en une expérience unique, fixe et universelle. Les enfants ne sont pas des adultes en miniature. À différents stades de leur vie, les enfants ont besoin d'un degré différent de protection, de services, de prévention et de participation »¹². La Cour européenne est ainsi amenée à reconnaître les périodes intermédiaires de l'enfant et à prendre en compte la capacité évolutive de l'enfant notamment dans le domaine de la justice pénale. Dans l'arrêt *Adamkiewicz c/ Pologne* du 2 mars 2010¹³, la Cour européenne souligne que « un enfant accusé d'une infraction se doit d'être traité d'une manière qui tienne pleinement compte de son âge, de sa maturité et de ses capacités sur le plan émotionnel et intellectuel. En outre, des mesures de nature à favoriser sa compréhension de la procédure et sa participation à celle-ci doivent être prises par les autorités »¹⁴. La jurisprudence relative à l'audition de l'enfant dans les procédures le concernant illustre

¹⁰ Commission, décision sur la recevabilité, *X. c/ Royaume-Uni* du 13 mai 1980, req. n° 8416/78.

¹¹ *Vo c/ France* du 8 juillet 2004, req. n° 53924/00 : *GACEDH*, n° 10.

¹² G. Van Bueren, *Le droit de l'enfant en Europe – convergence et divergence de la protection judiciaire*, coll. Europe des droits, Editions du Conseil de l'Europe, 2008.

¹³ *Adamkiewicz c/ Pologne* du 2 mars 2010, req. n° 54729/00 : *JDI* 2011, n° 2011-4, p. 1303, obs. O. Bachelet ; *D.* 2011, n° 16, p. 1107, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2010, n° 29, p. 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *RPDP* 2010, n° 3, p. 709, obs. A. Gouttenoire ; *D.* 2010, n° 21, p. 1324, obs. P. Bonfils ; *JCP G* 2010, 859, obs. F. Sudre.

¹⁴ *Ibid.*, § 70.

également la reconnaissance de droits participatifs du mineur qui lui permettent d'être au moins dans certains circonstances un sujet actif de ces droits et de ne pas rester seulement un sujet passif du fait de son incapacité juridique. Récemment dans l'arrêt *M. et M. c. Croatie* du 3 septembre 2015¹⁵, la Cour a analysé l'absence d'audition en justice de l'enfant comme une violation du droit de ce dernier au respect de sa vie privée et familiale et plus particulièrement de son droit à l'autonomie personnelle. La Cour, en se référant à l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant, affirme que le droit de l'enfant d'être entendu en justice fait partie de son droit à l'autonomie personnelle et explique que, même s'ils n'ont pas la pleine autonomie des adultes, les enfants jouissent de ce droit qu'ils exercent par le biais de leur droit à être consulté et entendu.

9 Vulnérabilité de l'enfant. La Cour européenne reconnaît surtout la spécificité rattachée à la période de l'enfance : la vulnérabilité. Ainsi, La Cour rappelle que les articles 1^{er} et 3 de la Convention exige « une protection efficace notamment des enfants et autres personnes vulnérables »¹⁶. En raison de son âge, l'enfant est considéré par la Cour européenne, selon une approche catégorielle, comme une personne vulnérable. La « particulière » vulnérabilité des enfants ne requiert pas d'être justifiée ou étayée de manière générale par l'énoncé de traits spécifiques¹⁷. Ainsi, l'on peut sans doute affirmer qu'il existe une jurisprudence européenne tendant à protéger l'enfant de manière catégorielle voire autonome à partir de notions propres parmi lesquelles la vulnérabilité : « l'enfant est pour la Cour européenne une catégorie particulière de vulnérable, ce qui génère une protection particulière plus poussée »¹⁸.

10 Aggravation de la vulnérabilité. Dans certains arrêts, la Cour européenne souligne que la vulnérabilité de l'enfant peut être aggravée selon les circonstances. Dans l'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006, la Cour souligne la vulnérabilité extrême de l'enfant séparée de sa mère dans un centre de rétention. La vulnérabilité catégorielle est ici renforcée par la situation personnelle de l'enfant. En l'espèce, il s'agissait d'un enfant en bas âge, non accompagnée, étrangère et en situation d'illégalité. Selon la Cour européenne, cet enfant fait partie de « la

¹⁵ *M. et M. c/ Croatie* du 3 septembre 2015, req. n° 10161/13 : *JCP G* 2016, doct. 65, obs. F. Sudre.

¹⁶ *Dordevic c/ Croatie* du 24 juillet 2012, req. n° 41526/10, § 138.

¹⁷ *Söderman c/ Suède* du 12 novembre 2013, req. n° 5786/08, § 81.

¹⁸ B. Bonnet, « L'utilisation de la CIDE par les juges européens », in C. Gauthier, M. Gautier et A. Gouttenoire (dir.), *Mineurs et droits européens*, Pédone, 2012, p. 49.

catégorie des personnes les plus vulnérables de la société »¹⁹. Dans l'arrêt *Orsus et autres c/ Croatie* du 16 mars 2010²⁰, concernant le droit à l'instruction des enfants roms, la Cour européenne constate que « du fait de leur histoire, les Roms constituent un type particulier de minorité défavorisée et vulnérable » pour considérer qu' « ils ont dès lors besoin d'une protection spéciale »²¹. C'est pourquoi elle a estimé que « la vulnérabilité des Roms/Tsiganes implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire considéré que lors de la prise de décision dans des cas particuliers » et que « cette protection s'étend également au domaine de l'éducation »²². La vulnérabilité de l'enfant est ici double : il est vulnérable en raison de son âge mais également en raison de son appartenance à une minorité défavorisée.

II. L'enfant titulaire des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme

11 Titulaire des droits. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, plus communément désignée par l'appellation Convention européenne des droits de l'homme, « fournit aujourd'hui le modèle le plus perfectionné de garantie effective des droits de l'homme [...], car elle offre aux individus le bénéfice d'un contrôle juridictionnel du respect de leurs droits »²³. L'article 1^{er} de la Convention européenne, proclamant que « les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention », n'exclut personne de sa protection. L'enfant est ainsi titulaire des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme car les dispositions de cette dernière s'adressent à « toute personne », sans précision ni condition d'âge.

12 Droit à un recours individuel. Selon l'article 34 de la Convention, toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particulier peuvent saisir la Cour afin qu'elle vérifie le respect par l'un des Etats parties, de ses obligations

¹⁹ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, 12 octobre 2006, req. n° 13178/03, § 55 : *D.* 2007, n° 11, p. 771, obs. P. Muzny ; *RCDIP* 2008, n° 1, p. 35, obs. C. Courmil.

²⁰ *Orsus et autres c/ Croatie*, Gr. Ch., du 16 mars 2010, req. n° 15766/03 : *JCP G* 2010, n° 14, p. 718, obs. C. Picheral ; *RTDH* 2010, n° 84, p. 987, obs. E. Dubout.

²¹ *Ibid.*, § 147.

²² *Ibid.*, § 148.

²³ F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 7^e édition, Presses Universitaires de France, Coll. Que sais-je, 2008, Paris, p. 3.

conventionnelles. D'après sa jurisprudence, chacune de ses catégories de requérant individuel est entendue assez largement par la Cour européenne des droits de l'homme²⁴. Titulaires des droits protégés par la Convention, les enfants peuvent ainsi introduire, devant la Cour européenne des droits de l'homme, des requêtes en leur nom propre sans avoir besoin d'être ni représentés ni autorisés par leurs parents²⁵, la capacité juridique ne constituant pas une condition pour l'exercice d'une requête individuelle²⁶.

13 Les parents de l'enfant. Les parents jouent évidemment un rôle essentiel dans la mise en œuvre des droits de l'enfant. D'une part, si l'enfant peut agir seul devant la Cour européenne des droits de l'homme, celui-ci peut également être représenté. Dans l'affaire *Scozzari et Giunta c/ Italie* du 13 juillet 2000²⁷, la Cour admet que la seule qualité de mère biologique peut suffire à conférer la qualité pour agir aux fins de protection des droits de l'enfant alors même que celle-ci n'avait pas d'autorité parentale sur l'enfant. A l'inverse, si une autre personne que le représentant légal veut agir au nom de l'enfant, il doit recevoir de la part de ce dernier un mandat spécial lui permettant de le représenter²⁸. En outre, la Cour européenne adopte une approche particulièrement souple de la représentation de l'enfant en admettant par exemple que celui-ci peut être représenté par sa tante avec laquelle il vit depuis le décès de sa mère même si elle n'exerce par l'autorité parentale²⁹. L'objectif est là encore de renforcer la protection des droits de l'enfant qui compte tenu de son âge et sa vulnérabilité rencontre davantage d'obstacles qu'un adulte pour saisir la Cour européenne des droits de l'homme. L'élargissement de la qualité pour agir en son nom à des personnes autres que ses représentants légaux au sens strict favorise son accès à la Cour et par conséquent au mécanisme de protection. D'autre part, la protection des droits de l'enfant passe par le fait que les parents sont eux-mêmes titulaires de droits dont la finalité est la protection et l'éducation de l'enfant. Ainsi, l'article 2 du Protocole n°1 garantit à l'enfant le droit à l'éducation, tout en reconnaissant le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. L'enfant

²⁴ *GACEDH*, n° 72.

²⁵ *A. c/ Royaume-Uni* du 23 septembre 1998 : *JCP G* 1999, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre.

²⁶ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 12^e éd., 2015, p. 664 et s.

²⁷ *Scozzari et Giunta c/ Italie* du 13 juillet 2000, req. n° 39221/98 et 41963/98 : *JCP G* 2001. I. 291, obs. F. Sudre.

²⁸ *X. c/ Suède* du 4 mars 1979.

²⁹ *N.TS et autres c/ Georgie* du 2 février 2016, req. n° 71776/12.

est également protégé par la mise en oeuvre de l'article 8 de la Convention relatif au droit au respect de la vie privée et familiale au bénéfice de ses parents.

14 La qualité de victime. Le requérant individuel doit avoir été victime d'une violation des droits garantis pour être habilité à exercer le recours individuel et il doit donc avoir un intérêt personnel à agir³⁰. Selon la Cour européenne, la « victime » désigne « la personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux »³¹. Toutefois, en vue d'élargir la protection de la Convention, la jurisprudence de la Cour européenne accepte la notion de la victime potentielle qui s'entend comme « toute personne susceptible, le cas échéant, de tomber sous l'application d'une loi prétendue incompatible avec les dispositions de la Convention »³². Selon la jurisprudence de la Cour, un individu peut se prétendre victime au sens de l'article 34 du seul fait de l'existence d'une législation dont il risque de subir les effets mais indépendamment de toute application effective³³. Cette analyse bénéficie également aux enfants. Ainsi par exemple dans l'arrêt *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979³⁴ la Cour a considéré que la mère et sa fille naturelle pouvaient « se prétendre » victimes des manquements de la législation belge qui ne reconnaissait pas la filiation maternelle naturelle³⁵.

15 Victime indirecte. L'enfant peut également être considéré comme victime indirecte qui s'entend comme « toute personne qui a subi un préjudice en raison d'une violation des droits d'un tiers ou qui a un intérêt personnel valable à ce qu'il soit mis fin à la violation »³⁶. Il en va ainsi par exemple de l'arrêt *Berrehab c/ Pays-Bas* du 21 juin 1988³⁷ concernant l'enfant d'un père menacé d'expulsion. De plus, de nombreuses requêtes introduites par des parents, alléguant la violation des droits de la Convention à leur encontre, sont présentées au nom des parents mais aussi au nom de leur enfant, la violation des droits parentaux constituant, au moins indirectement, une violation des droits de l'enfant.

³⁰ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 202, p. 301.

³¹ *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979, série A, n° 31, § 27 : *GACEDH* n° 51, *JT* 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *AFDI* 1980, 317, obs. Pelloux ; *JDI* 1982, 183, obs. P. Rolland.

³² F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 203, p. 304.

³³ *Klass c/ RFA* du 6 septembre 1978, A. 28, §§ 30 à 38.

³⁴ *Marckx c/ Belgique*, préc.

³⁵ *Ibid.*, § 27.

³⁶ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 203, p. 306.

³⁷ *Berrehab c/ Pays-Bas* du 21 juin 1988, série A, n° 138, § 29 : *Gaz. Pal.* 1998, n° 46, p. 30, obs. E. Guild ; *RSC* 1988, p. 845, obs. L.-E. Pettiti et F. Teitgen ; *JDI* 1990, p. 822, obs. P. Rolland et P. Tavernier.

16 Protection des droits de l'enfant devant les juridictions internes. Sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention, la Cour européenne a été confrontée à la question de la représentation de l'enfant en justice devant les instances nationales dans l'arrêt *X. et Y. c/ Pays-Bas* du 25 mars 1985³⁸. Selon la Cour, l'Etat a l'obligation d'organiser la représentation des personnes privées de capacité pour agir, comme c'était le cas de la jeune fille mineure handicapée en l'espèce.

17 Sous l'angle du droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention³⁹, la Cour européenne exige que l'enfant puisse invoquer les droits garantis par la Convention devant le juge interne. Rappelant qu'en cas d'allégation défendable d'actes contraires à l'article 3 subis du fait de particuliers, l'article 13 peut ne pas impliquer, pour les autorités, l'obligation d'assumer la responsabilité d'enquêter sur les allégations, la Cour estime que la victime ou sa famille doit disposer d'un mécanisme permettant d'établir, le cas échéant, la responsabilité d'agents ou organes de l'Etat pour des actes ou omissions emportant violation des droits consacrés par la Convention⁴⁰. C'est ainsi qu'elle admet, dans les affaires *E. et autres c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 2002⁴¹ et *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* du 10 octobre 2002⁴², que sur le fondement de l'article 13 de la Convention, les enfants ayant subi des mauvais traitements administrés par des particuliers en raison de la négligence des services sociaux, doivent pouvoir agir en responsabilité contre ces services. Par ailleurs, dans l'affaire *Anderson c/ Suède* du 25 février 1992⁴³, la Cour européenne affirme que « de l'avis général, l'article 13 n'exige pas qu'un enfant de douze ans ait la capacité d'ester en justice lui-même, il suffit qu'un représentant légal le puisse en son nom. Sous l'angle de l'article 3 combiné avec l'article 8 de la Convention, la Cour européenne dans les affaires *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003⁴⁴ et *M. et C. c/ Roumanie* du 27 septembre 2011⁴⁵, met à la charge de l'Etat une obligation positive de poursuivre et d'enquêter efficacement en cas d'allégation de viol et de violence sexuelle sur les enfants.

³⁸ *X. et Y. c/ Pays-Bas* du 25 mars 1985, série A, n° 91 : *AFDI* 1986, p. 282 et 293, obs. V. Coussirat-Coustère ; *Cah. dr. eur.* 1988, p. 462 et s., obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1986, p. 1082-1083, obs. P. Rolland.

³⁹ *GACEDH*, n° 40.

⁴⁰ *Kaya c/ Turquie* du 19 février 1998.

⁴¹ *E. et autres c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 2002, req. n° 33218/96, § 111 : *RTDH* 2003, 1355, obs. A. Gouttenoire.

⁴² *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* du 10 octobre 2002, req. n° 38719/97 : *RTDH* 2003, 1355, obs. A. Gouttenoire.

⁴³ *Anderson c/ Suède* du 25 février 1992, A. 226.

⁴⁴ *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003, req. n° 39272/98 : *RTD Civ.* 2004, n°2, p. 364, obs. J-P. Marguénaud et J. Raynard ; *RDP* 2004, 803, obs. H. Surrel.

⁴⁵ *M. et C. c/ Roumanie*, 27 septembre 2011, req. n° 29032/04.

III. L'exigence d'une protection adaptée et spécifique

18 Interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est dans le cadre du contrôle de l'application de la Convention européenne par les Etats que la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à spécialiser sa jurisprudence en matière de protection des droits de l'enfant⁴⁶. Grâce au dynamisme interprétatif⁴⁷ de la Cour européenne, la Convention européenne des droits de l'homme s'avère être aujourd'hui l'instrument de protection des droits de l'enfant le plus efficace⁴⁸ notamment depuis l'entrée en vigueur de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 que tous les Etats du Conseil de l'Europe ont ratifiée⁴⁹. En effet, la Convention européenne des droits de l'homme ne contenant quasiment aucune disposition relative aux enfants, la Cour européenne a eu besoin de faire appel aux instruments internationaux, pour élaborer une protection spécifique et effective des droits de l'enfant.

19 Insuffisances des dispositions relatives aux droits de l'enfant dans la Convention.

La Convention européenne des droits de l'homme, signée en 1950, à une époque où l'intérêt pour l'enfant en tant que personnalité juridique spécifique pouvant avoir des droits propres, était quasiment nul, n'était pas initialement conçue comme une Convention visée à protéger les droits de l'enfant en tant que droits spécifiques et elle contient très peu de mentions explicites des enfants.

20 L'article 5 § 1, d) prévoit la possibilité et les conditions de placement des enfants en détention. L'article 6 § 1 prévoit une procédure à huis clos lorsque les intérêts d'un mineur l'exigent. La première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 garantissant le droit à l'instruction ne mentionne pas des enfants, ce droit n'étant pas énoncé comme appartenant spécifiquement aux enfants. Les mentions des enfants peuvent parfois être trouvées dans les articles garantissant les droits des parents. Par exemple, la deuxième phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 garantit un droit des parents d'assurer à leur

⁴⁶ L. Couturier-Boudinière, « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection des droits des enfants », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 523.

⁴⁷ F. Sudre, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, n° 28, I 355, p. 1386.

⁴⁸ A. Gouttenoire, « Les mineurs et la Convention européenne des droits de l'homme », in C. Gauthier, M. Gautier et A. Gouttenoire (dir.), *Mineurs et droits européens*, coll. « Droits européens », Pédone, 2012, p. 9.

⁴⁹ A. Gouttenoire, « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le monde du droit, Écrits en l'honneur de J. Foyer*, Economica, 2008, p. 495 et s.

enfant une éducation conforme à leurs convictions religieuses et philosophiques. Dans le même sens, l'article 5 du Protocole n° 7 dispose que « les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les Etats de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt de l'enfant ».

21 Combinaison des sources⁵⁰. Considérant que « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »⁵¹, l'exigence d'effectivité a conduit le juge européen, à défaut de disposer de ses propres textes ou de textes intégrés dans la Convention européenne des droits de l'homme, de s'appuyer sur les textes internationaux relatifs à la protection des droits de l'enfant pour assurer la protection des droits de ce dernier. Cette démarche de la Cour européenne n'est pas propre aux droits de l'enfant ; elle correspond à un mouvement plus large qui tend à multiplier les références et renvois d'un système à un autre⁵². La Cour avait déjà affirmé que, compte tenu du « caractère très particulier de la Convention en tant que traité des droits de l'homme », elle devait prendre en compte « toute règle pertinente de droit international [...] »⁵³.

22 Références aux textes internationaux. Lorsqu'il fait référence aux textes européens et internationaux, le juge strasbourgeois ne fait pas la distinction entre le statut des traités juridiquement contraignants et celui des textes qui ne sont pas intrinsèquement contraignants. S'agissant par exemple du droit à l'instruction, la Cour européenne se réfère à l'article 28 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant et à l'article 13 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, la Cour indique que l'imposition des frais de scolarité dans l'enseignement secondaire devant être soumise à un contrôle plus strict⁵⁴. Dans les affaires *T. et V. c/ Royaume-Uni* du 16

⁵⁰ A. Gouttenoire, « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

⁵¹ *Airey c/ Irlande* du 9 octobre 1979 : *GACEDH*, n° 2.

⁵² J.-F. Flauss, « Le droit du Conseil de l'Europe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Au Carrefour des droits*, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, 2002, p. 47 ; P. Tavernier, « La déclaration universelle des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Mélanges en l'honneur de Pierre Lambert, *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, p. 857.

⁵³ *Loizidou c/ Turquie*, Gd Ch., du 18 décembre 1996, § 43.

⁵⁴ *Ponomaryovi c/ Bulgarie* du 21 juin 2011, req. n° 5335/05 : *RTDH* 2012, n° 92, p. 945, obs. S. Grosbon ; N. Hervieu, « Droit des enfants étrangers à un égal accès au système éducatif », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 22 juin 2011.

décembre 1999, à propos de l'âge minimum de la responsabilité pénale, la Cour européenne, se réfère, parmi d'autres références, à l'article 4 des règles de Beijing qui, bien que n'ayant pas force obligatoire, peut fournir une indication quant à l'existence d'un consensus international. Selon la Cour, cet article « ne précise pas l'âge de la responsabilité pénale, mais invite simplement les Etats à ne pas le fixer trop bas », pour constater que « l'examen des textes et instruments internationaux pertinents ne révèle aucune tendance manifeste »⁵⁵. Dans les mêmes affaires, la Cour note également que l'article 40 § 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant invite seulement les Etats parties à établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale. La Convention n'utilise pas le terme de la responsabilité pénale et ne donne aucun seuil d'âge⁵⁶. Dans le domaine du déplacement illicite d'enfant, la Cour européenne fait souvent référence à la Convention de la Haye sur les aspects civils des enlèvements internationaux d'enfants du 25 octobre 1980, en combinaison avec la Convention internationale des droits de l'enfant de 20 novembre 1989.

23 La Convention internationale des droits de l'enfant. Lorsque la requête concerne directement un enfant, la Cour européenne se réfère principalement à la Convention internationale des droits de l'enfant de 20 novembre 1989. Dans son préambule, cette Convention fait appel à la charte des Nations Unies dans laquelle les peuples « ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme et dans la dignité et la valeur de la personne humaine ». Elle atteste également de son attachement à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Selon le philosophe Dominique Youf, « la Convention se veut l'application à l'enfant de la philosophie des droits de l'homme »⁵⁷. Depuis l'affaire *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni* du 23 mars 1993⁵⁸, la plupart des arrêts de la Cour européenne concernant des enfants visent la Convention internationale des droits de l'enfant ou visent des droits ou principes contenus dans ce traité international sans forcément y faire expressément référence. Par ailleurs, la Cour européenne n'hésite pas à rappeler aux Etats leurs engagements internationaux, en

⁵⁵ *T. et V. c/ Royaume-Uni* du 16 décembre 1999, req. n° 24724/94 et 24888/94 : *LPA* 2000, n° 20, p. 6, obs. A. Bullier ; *Dr. fam.*, 2000, n° 3, p. 29, comm. n° 46, obs. A. Gouttenoire.

⁵⁶ *T. v/ Royaume-Uni*, préc., § 71.

⁵⁷ D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, 1^{re} édition, Presses Universitaires de France, coll. Questions d'éthique, 2002, Paris, p. 2.

⁵⁸ *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni* du 23 mars 1993, req. n° 13134/87 : *AJDA* 1993, n° 6, p. 483, obs. J-F. Flauss.

affirmant comme elle a fait dans l'affaire *Mubilanzila Mayka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006⁵⁹ que « la détention dans les centres de rétention d'étrangers en attente d'expulsion n'est acceptable que pour permettre aux Etats de combattre l'immigration clandestine tout en respectant leurs engagements nationaux, au rang desquels se trouvent ceux nés de la Convention ainsi que de la Convention de New York de 1989 sur les droits de l'enfant ».

24 Références privilégiées. La Cour fait beaucoup de références à la Convention internationale des droits de l'enfant dans son exercice d'interprétation, notamment dans le domaine de la protection des enfants contre les maltraitances. S'agissant d'une obligation positive de prévention des maltraitances commises sur les enfants, la Cour européenne dans les arrêts *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni*⁶⁰ et *E. et autres c/ Royaume-Uni*⁶¹, opère ainsi par exemple un renvoi aux articles 19 et 37 de la Convention internationale des droits de l'enfant selon lesquels « les Etats prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives, appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalité physiques ou mentales [...] » et « veillent à ce que nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants [...] ». Dans le même sens, pour protéger les enfants contre l'esclavage, la servitude et le travail forcé, la Cour européenne, dans l'arrêt *Siliadin c/ France*⁶², se réfère aux articles 19 et 32 de la CIDE selon lesquels « les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de l'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social. [Ils] prennent des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives pour assurer l'application du présent article [...] ».

25 Elément de consensus, facteur d'harmonisation. Ayant été ratifiée par la quasi-totalité des Etats du monde⁶³, la Convention internationale des droits de l'enfant constitue une protection commune à l'ensemble des pays membres du Conseil de

⁵⁹ *Mubilanzila Mayka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc., § 96.

⁶⁰ *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni*, préc.

⁶¹ *E. et autres c/ Royaume-Uni*, préc.

⁶² *Siliadin c/ France* du 26 juillet 2005, req. n° 73316/01 : *JCP G* 2005. II. 10142, note F. Sudre ; *RDT Civ.* 2005, n°4, p. 740, obs. J-P. Marguénaud ; *Lexbase Hebdo – Edition sociale*, n° 185, obs. C. Willmann ; *RSC* 2006, n° 1, p. 139, obs. F. Massias ; *D.* 2006, n° 25, p. 1717, J-F. Renucci ; *JDI* 2006, n°3, p. 1138, obs. E. Decaux ; *GACEDH* comm. n° 16 ; *RFDA* 2006, p. 321.

⁶³ Seuls les Etats-Unis et la Somalie ne sont pas parties à la Convention.

l'Europe⁶⁴. La Cour européenne souligne ainsi que « la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant énonce les droits fondamentaux des enfants et les normes que tous les Etats doivent se fixer pour que tous les enfants puissent exercer ces droits »⁶⁵. La Convention internationale des droits de l'enfant constitue ainsi la norme internationale la plus adaptée pour la Cour européenne dans le domaine de la protection des droits de l'enfant. S'appuyant sur le fait que la Convention internationale des droits de l'enfant constitue un élément du consensus international, l'intégration de cette Convention dans le raisonnement de la Cour européenne constitue un facteur d'harmonisation dans la mesure où elle incite les Etats membres du Conseil de l'Europe à mettre en œuvre ce traité international tout en leur fournissant une interprétation commune de ses dispositions⁶⁶. Ainsi, selon le Professeur Baptise Bonnet, « la lecture de la Cour européenne de la CIDE, n'est pas une lecture désincarnée, c'est une lecture fondée sur une conception européenne des droits de l'homme appliquée aux droits de l'enfant »⁶⁷.

26 Article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Une autre particularité de la Convention internationale des droits de l'enfant réside dans une notion majeure qu'elle contient, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Affirmant que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale », l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant associe deux concepts, celui de l'intérêt supérieur de l'enfant et celui des droits de l'enfant⁶⁸. L'association entre droits et intérêt fait de cette disposition un des textes-clefs de la Convention internationale des droits de l'enfant et l'un des moteurs de l'interprétation dynamique qui en a été donnée par le juge national comme par le juge européen⁶⁹. Le principe selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en

⁶⁴ A. Gouttenoire, « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le monde du droit, Écrits en l'honneur de J. Foyer*, Economica, 2008, p. 495 et s.

⁶⁵ *Sahin c/ Allemagne du 8 juillet 2003*, req. n° 30943/96 : *RTD civ.* 2003. 760, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 2002, n° 3, p. 128, obs. F. Sudre.

⁶⁶ A. Gouttenoire, « La Convention internationale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

⁶⁷ B. Bonnet, « L'utilisation de la CIDE par les juges européens », préc.

⁶⁸ H. Fulchiron, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz. Pal.* 2009, n° 342, p. 15.

⁶⁹ *Ibid.*

considération dans toutes les questions touchant aux enfants figure également dans le préambule à la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 janvier 1996, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000.

27 Intégration dans la jurisprudence européenne. La Cour européenne des droits de l'homme a intégré l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa jurisprudence en tant que critère d'appréciation des mesures prises par les Etats. La Cour utilise également cette notion dans des hypothèses où s'affrontent des intérêts contradictoires ou des droits contradictoires. Il peut s'agir de la confrontation entre l'intérêt de l'enfant et l'intérêt de ses parents ou de la confrontation entre l'intérêt de l'enfant et l'intérêt général. Affirmant, dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c/ Suisse* du 6 juillet 2010⁷⁰ qu'« il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – au tour du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », la Cour européenne des droits de l'homme a intégré la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa jurisprudence⁷¹ en soulignant la primauté de cet intérêt. Ainsi, dans l'affaire *Bronda c/ Italie* du 9 juin 1998⁷², la Cour européenne affirme que « le souci de l'intérêt supérieur de l'enfant revêt une importance cruciale dans toutes les affaires de cette sorte » et dans différentes décisions depuis l'arrêt *Johansen c/ Norvège* du 7 avril 1996, la Cour souligne que « bien qu'il faille ménager un juste équilibre entre l'intérêt de l'enfant et ceux de ses parents, la Cour attache une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui des parents [...] »⁷³.

28 Objectif d'étude. La présente étude se concentre, à travers l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sur son rôle dans la protection des droits de l'enfant. L'étude vise à montrer par quels moyens le juge européen est parvenu à devenir un acteur majeur de la protection des droits de l'enfant au niveau international et qui plus est un acteur de l'effectivité des droits de l'enfant. La Cour européenne assure à l'enfant une protection de ses droits spécifique et originale qui permet de considérer qu'il existe une catégorie particulière de droits fondamentaux pouvant être qualifiés de droits de l'homme de l'enfant. Ces derniers consistent en un

⁷⁰ *Neulinger et Shuruk c/ Suisse* du 6 juillet 2010, req. n°41615/07, § 102 : *JCP G* 2010, n° 30, p. 1520, obs. B. Pastre-Belda ; *RTD Civ.* 2010, n° 4, p. 735, obs. J-P. Marguénaud ; *RTDE* 2010, n° 4, p. 927 ; *JCP G* 2011, n° 4, p. 182, obs. F. Sudre ; *D.* 2011, n° 20, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke.

⁷¹ A. Gouttenoire, « La Convention internationale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

⁷² *Bronda c/ Italie* du 9 juin 1998, req. n° 22430/93.

⁷³ *Johansen c/ Norvège* du 7 août 1996 : *JCP G* 1997. I. 4000, obs. F. Sudre.

ensemble de droits fondamentaux dont l'enfant est seul titulaire. Pour dégager les droits spécifiquement reconnus aux enfants et les protéger de manière particulière et efficace, la Cour européenne a recours à une méthodologie qui lui est propre consistant à dégager une protection des droits de l'enfant à travers une double approche : protection catégorielle et protection substantielle.

29 Double approche. L'approche catégorielle de la protection des droits de l'enfant permet à la Cour européenne de reconnaître la spécificité de l'enfant : celui-ci doit être considéré comme une personne vulnérable et susceptible d'évolution. C'est en s'appuyant sur cette spécificité que la Cour européenne dégage une protection catégorielle des droits de l'enfant. Cette protection va transformer l'enfant, qui est titulaire de droits protégés par la Convention européenne comme les autres, en un sujet de droit différent des autres. En raison de sa vulnérabilité, la Cour européenne exige en effet une protection renforcée de l'enfant. Ce renforcement passe à la fois par la reconnaissance de droits spécifiques de l'enfant et par la mise en oeuvre renforcée au profit de l'enfant de droits fondamentaux communs à tous les sujets de droit.

30 Par ailleurs, la Cour européenne complète l'approche catégorielle de la protection des droits de l'enfant par l'intégration d'une approche substantielle de sa protection. En s'appuyant sur la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'elle a importée et intégrée dans son raisonnement, la Cour européenne va non seulement mettre en place une protection des droits de l'enfant qui est renforcée, mais également une protection qui est conforme à ses intérêts. L'intérêt supérieur de l'enfant est ainsi devenu un critère majeur dans la protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme. Si cette notion s'applique dans tous les domaines, la mise en oeuvre de cette notion par la Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement visible dans le cadre de la protection de la vie familiale de l'enfant. A force de mobiliser la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, cet intérêt est devenu un axe majeur de la protection européenne dans le domaine familial.

31 Plan. L'efficacité démontrée de la protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme réside dans le fait que, d'une part, en s'appuyant sur la spécificité liée à l'enfant, la Cour européenne parvient à élaborer une protection catégorielle des ses droits (Première partie). Cette efficacité est également démontrée, en ce qui concerne le droit de l'enfant au respect de sa vie familiale, par l'incorporation

de la Cour européenne de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la protection de ses droits, permettant une protection substantielle particulièrement dans le champ du droit au respect de la vie familiale (Deuxième partie).

Première partie : La protection catégorielle des droits de l'enfant

Deuxième partie : La protection substantielle des droits de l'enfant par le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre du droit au respect de la vie familiale

Première partie : La protection catégorielle des droits de l'enfant

32 Elaboration de la protection catégorielle des droits de l'enfant. Pour élaborer la protection catégorielle des droits de l'enfant, la Cour européenne s'appuie, premièrement, sur les droits spécifiquement reconnus à l'enfant dans la Convention européenne des droits de l'homme, et deuxièmement, sur l'interprétation des dispositions générales de la Convention européenne des droits de l'homme en faveur des enfants.

33 Droit spécifique : justice des mineurs. Les deux seuls droits spécifiquement reconnus à l'enfant par la Convention européenne des droits de l'homme concernent la justice des mineurs. L'article 5 alinéa 2 d) soumet la détention régulière du mineurs à certaines conditions. De son côté, l'article 6 alinéa 1^{er} admet une restriction du principe de publicité des débats judiciaires lorsque la protection des intérêts des mineurs exige.

34 Droit spécifique : droit à l'instruction. L'article 2 du Protocole n° 1 de la Convention, affirme, dans sa formulation négative, que « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction » et « l'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ». Si le droit à l'instruction n'est pas spécifiquement réservé aux enfants⁷⁴, lorsqu'il s'agit des affaires relatives à l'éducation des mineurs, la Cour européenne estime que ces affaires méritent une considération particulière parce que pour les enfants, « le droit à l'instruction revête un intérêt primordial »⁷⁵. Pour protéger efficacement le droit de l'enfant à l'instruction, la Cour européenne a recours non seulement à l'article 2 du Protocole n° 1 mais elle

⁷⁴ *Leyla Sahin c/ Turquie* du 29 juin 2004, req. n° 44774/98, § 137 : *RTDH* 2004, n° 60, p. 951 ; *JCP A* 2004, n° 52, p. 1671, obs. C. Gauthier ; *JCP G* 2005, n° 5, p. 223, obs. B. Bonnet.

⁷⁵ *Orsus et autres c/ Croatie*, Gr. ch. du 16 mars 2010, req. n° 15766/03, § 147 : *JCP G* 2010, n° 14, p. 718, obs. C. Picheral ; *RTDH* 2010, n° 84, p. 987, obs. E. Dubout.

s'appuie aussi sur l'article 14 de la Convention relatif à l'exercice des droits sans discrimination et sur l'article 9 de la Convention relatif à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

35 Interprétation des dispositions générales de la Convention en faveur de l'enfant.

Pour élaborer une protection catégorielle, protection qui est renforcée en faveur des enfants, dans le domaine de la protection de la liberté et de l'intégrité physique de l'enfant, cinq principaux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme sont ainsi mobilisés. Il s'agit de l'article 3 relatif à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, de l'article 4 relatif à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé, de l'article 5 relatif au droit à la liberté et à la sûreté, de l'article 6 relatif au droit à un procès équitable et de l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale. Les deux domaines concernés sont, d'une part, la justice pénale des mineurs, et d'autre part, la protection de l'enfant contre les maltraitances et la privation de liberté provenant de l'Etat ou des simples particuliers.

36 Plan. En s'appuyant sur la vulnérabilité particulière de l'enfant et sa capacité évolutive, la Cour européenne des droits de l'homme élabore une protection catégorielle des droits de l'enfant qui est liée d'une part, à son éducation. L'enfance est une période essentielle dans la vie d'un individu, non seulement parce que c'est – bien évidemment – la première, mais encore et surtout parce qu'elle se révèle déterminante pour l'apprentissage et la construction de la personnalité⁷⁶. Comme l'a justement relevé le Professeur Dekeuwer-Défossez, « de la bonne réussite de l'éducation de l'enfant dépend non seulement de son avenir proche mais encore celui de toute la société où il s'insérera »⁷⁷. La Cour européenne des droits de l'homme, si elle montre sa volonté de protéger efficacement les droits de l'enfant, ne peut pas ignorer le droit de celui-ci à l'instruction (Titre 1). En s'appuyant sur la combinaison de la protection des droits spécifiquement reconnus à l'enfant et l'interprétation des dispositions générales de la Convention en faveur des enfants, la Cour européenne parvient, d'autre part, à élaborer une protection catégorielle et renforcée des droits de l'enfant dans les domaines de la protection de l'intégrité physique et de la liberté de l'enfant (Titre 2).

⁷⁶ Bonfils Ph., Gouttenoire A., *Droit des mineurs*, préc., n° 2, p.1.

⁷⁷ F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 9^e éd., 2010, p. 4.

Titre 1 : Le droit de l'enfant à l'instruction

Titre 2 : La protection de l'intégrité physique et de la liberté de l'enfant

Titre 1 : Le droit de l'enfant à l'instruction

37 Textes internationaux relatifs au droit à l'instruction. « L'enfant en tant qu'être humain doit être protégé, mais il convient aussi de préserver voire d'assurer l'épanouissement du futur homme qu'il porte en lui »⁷⁸. En raison de l'importance qu'a l'éducation pour les enfants, ce droit est consacré par plusieurs instruments internationaux. La Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies proclame expressément dans son article 26 que « toute personne a droit à l'instruction ». Etant le premier grand instrument international à proclamer les droits et les libertés de l'homme, l'article résume déjà bien l'ensemble du droit fondamental à l'instruction. Il proclame que « l'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. L'enseignement élémentaire est obligatoire. L'enseignement technique et professionnel doit être généralisé ; l'accès aux études supérieures doit être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite »⁷⁹ et que « les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants »⁸⁰. L'article insiste sur le fait que l'éducation « doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle doit favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux, ainsi que le développement des activités »⁸¹. Il faut également citer d'autres Conventions ayant une vocation universelle qui, inspirées par les principes posés dans la Déclaration universelle⁸², proclament à leur tour, le droit à l'instruction. Ainsi, au sein de l'Organisation des Nations Unies, on peut citer les

⁷⁸ A.-C. Kiss, « La protection internationale du droit de l'enfant à l'éducation », *RDH*, 1973, p. 467.

⁷⁹ L'article 26 § 1 de la DUDH.

⁸⁰ L'article 26 § 3 de la DUDH.

⁸¹ L'article 26 § 2 de la DUDH.

⁸² A.-C. Kiss, « La protection internationale du droit de l'enfant à l'éducation », *op. cit.*

articles 13 et 14 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, l'article 22 de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 et l'article 22 de la Convention relative au statut des apatrides du 26 avril 1954. L'article 9 de la Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes du 7 novembre 1967, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, insiste sur l'importance d'assurer aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'éducation à tous les niveaux. Du côté de l'UNESCO, il existe un texte plus spécifique : la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement du 14 décembre 1960. Il ne faut pas oublier les articles 28 et 29 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989. L'article 28 de la CIDE consacre le droit à l'éducation de l'enfant tandis que l'article 29 en définit les objectifs. Ainsi, selon l'article 28, « les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chance [...] ».

38 Article 2 du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans le cadre européen, contrairement aux autres textes consacrant en détails la gratuité notamment pour l'enseignement élémentaire, l'égalité, le libre accès, le respect des droits de parents et la liberté de création d'établissements privés, l'article 2 du Protocole n° 1 de la Convention européenne est, selon le Professeur Gonzalez, « l'un des plus écriqués des textes internationaux »⁸³. Cet article, résultant de longues et difficiles négociations⁸⁴, se contente, dans sa formulation négative, d'affirmer simplement que « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction » et « l'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ». L'auteur trouve le laconisme de l'article 2 du Protocole n° 1 surprenant⁸⁵. Pour autant, la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁶ affirme que

⁸³ G. Gonzalez, « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2010, p. 1003.

⁸⁴ L. Wildhaber, « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », *Actes du IV^e Colloque sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Rome, 1975, Conseil de l'Europe, 1976, p. 143.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Pour une étude sur le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, voir *GACEDH* n° 58 ; G. Gonzalez, « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », préc.

malgré sa formulation négative⁸⁷, cet article « consacre un véritable droit à l'instruction »⁸⁸ qui est un « droit fondamental »⁸⁹.

39 Enfant et éducation. Le droit à l'instruction n'est pas limité aux enfants, mais lorsqu'il s'agit des affaires relatives à l'éducation des mineurs, la Cour européenne estime que ces affaires méritent une considération particulière car, « au moment de la saisine de la Cour les requérants étaient des enfants mineurs pour qui le droit à l'instruction revêtait un intérêt primordial »⁹⁰. L'enfant est titulaire et bénéficiaire du droit à l'instruction mais il faut une intervention de l'Etat pour assurer son effectivité car « le droit est un vain mot s'il n'y a pas une éducation organisée »⁹¹. Dans un premier temps, la présente étude vise à analyser la jurisprudence de la Cour européenne concernant les principes généraux relatifs au droit à l'instruction (Chapitre 1), et dans un deuxième temps, celle concernant la place de la religion dans le milieu scolaire, sujet qui est au cœur des décisions européennes relatives au droit à l'instruction (Chapitre 2).

⁸⁷ Contrairement à la Convention européenne, l'article 26 de la DUDH, l'article 13 du PIDESC et l'article 28 de la Convention internationale des droits de l'enfant proclament dans une formulation positive que « toute personne a droit à l'instruction ».

⁸⁸ *L'Affaire « linguistique belge »* du 23 juillet 1968, série A n° 6, §§ 3 à 4 : GACEDH n° 9 ; AFDI 1968, 201, obs. R. Pelloux ; RBDI 1970, 353, obs. J. Verhoeven ; RTDH 1997, n° 30, p. 309, obs. P. Vandernoot ; RTDH 1998, n° 35, p. 495, obs. P. Lambert ; RIDC 2000, n° 4, p. 753.

⁸⁹ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark* du 7 décembre 1976, série A n° 23, § 50 : GACEDH n°58 ; AFDI 1977, 489 ; chron. R. Pelloux ; CDE 1978 ; 359, chron. G. Cohen-Jonathan ; JDI 1978, 702, chron. P. Rolland.

⁹⁰ *Orsus et autres c/ Croatie*, Gr. ch. du 16 mars 2010, req. n° 15766/03, § 147 : JCP G 2010, n° 14, p. 718, obs. C. Picheral ; RTDH 2010, n° 84, p. 987, obs. E. Dubout.

⁹¹ A.-C. Kiss, « La protection internationale du droit de l'enfant à l'éducation », préc.

Chapitre 1 : Les principes généraux relatifs aux droits à l'instruction

40 Intervention nécessaire de l'Etat. Malgré son caractère « fondamental »⁹², le droit à l'instruction n'est pour autant pas absolu. La Cour européenne précise que « le droit à l'instruction [...] appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus »⁹³. Conformément au principe de subsidiarité de la Convention⁹⁴, la Cour affirme qu'elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes⁹⁵ et elle laisse donc à l'Etat la liberté de réglementer en la matière à condition qu'une telle réglementation « ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance de ce droit, ni se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention »⁹⁶. La Cour affirme dans l'affaire *Leyla Sahin c/ Turquie* du 10 novembre 2005 que ce droit occupe dans une société démocratique « une place si fondamentale qu'une interprétation restrictive de la première phrase de l'article 2 ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition »⁹⁷. La présente étude vise à montrer successivement comment la Cour européenne, face aux différentes politiques nationales des Etats parties dans l'organisation de l'éducation nationale, entend assurer aux enfants le droit d'accès à l'instruction (Section 1). Elle exerce également son contrôle sur la diffusion des connaissances (Section 2).

⁹² *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 50.

⁹³ *L'Affaire « linguistique belge »*, préc., § 5.

⁹⁴ Voir *GACEDH* n° 7.

⁹⁵ *L'Affaire « linguistique belge »*, préc., § 10.

⁹⁶ *Ibid.*, § 5.

⁹⁷ *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., 10 novembre 2005, req. n° 44774/98 : *D.* 2005, n° 3, p. 204, obs. G. Yildirim ; *JDI* 2005, n° 2, p. 529, obs. E. Decaux ; *JCP G* 2006, n° 5, p. 187, obs. F. Sudre ; *RJPF* 2006, n° 3, p. 10, obs. E. Putman ; *RTDH* 2006, n° 66, p. 183 ; *Dr. Fam.* 2006, n° 4, p. 6, obs. S. Plana ; *D.* 2006, n° 25, p. 1717, obs. J-F. Renucci ; *JDI* 2006, n° 3, p. 1146, obs. C. de la Hougue.

Section 1 : Le droit d'accès à l'instruction

41 La gestion des ressources et l'accès à l'instruction de qualité. Mettant en balance le droit de l'enfant d'accès à l'instruction et le pouvoir de chaque Etat de réglementer le droit à l'instruction en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus⁹⁸, la Cour européenne considère, d'une part, selon la formule de l'article 2 du Protocole n° 1 qui interdit de « refuser le droit à l'instruction », que le droit d'accès à l'instruction s'analyse comme celui « de se servir, en principe, des moyens d'instruction existant à un moment donné »⁹⁹. Dans ces conditions, elle s'interroge sur la gestion des ressources de l'Etat (§ 1). La Cour européenne considère, d'autre part, que le droit d'accès à l'instruction s'analyse également comme celui « d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat et sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies » afin d'assurer l'utilisation des diplômes sur un plan professionnel¹⁰⁰. Par conséquent, elle s'intéresse également au problème de l'accès à une instruction de qualité (§ 2).

§ 1 : Le droit d'accès à l'instruction et la gestion des ressources de l'Etat

42 Service complexe et onéreux. La Cour européenne considère dans l'affaire *Ponomaryovi c/ Bulgarie* du 21 juin 2011¹⁰¹ que « l'enseignement est un service complexe à organiser et onéreux à gérer » et « l'Etat doit ménager un équilibre entre, d'une part, les besoins éducatifs des personnes relevant de sa juridiction et, d'autre part, sa capacité limitée à y répondre »¹⁰². Par conséquent, Aux yeux de la Cour, le droit « de se servir, [...], des moyens d'instruction existant à un moment donné » signifie que l'Etat n'a pas d'obligation de créer à ses frais ou de subventionner un établissement scolaire, mais lorsque ces établissements existent, l'Etat a une obligation d'y assurer l'accès (A.). Toutefois, selon sa jurisprudence, l'accès effectif aux établissements

⁹⁸ *L'Affaire « linguistique belge »*, préc., § 5.

⁹⁹ *Ibid.*, §§ 3 à 4.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ponomaryovi c/ Bulgarie* du 21 juin 2011, req. n° 5335/05 : *RTDH* 2012, n° 92, p. 945, obs. S. Grosbon ; N. Hervieu, « Droit des enfants étrangers à un égal accès au système éducatif », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 22 juin 2011.

¹⁰² *Ibid.*, § 55.

scolaires peut être soumis à la possibilité d'imposer une sélection et des frais de scolarité (B.).

A. L'absence d'obligation de créer ou de subventionner un établissement scolaire

43 Existence d'un système d'enseignement général et officiel. La Cour européenne considère qu'en raison de la formulation négative de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 combiné avec les travaux préparatoires¹⁰³, « il ne pouvait et il ne peut donc être question d'obliger chaque Etat à créer un tel système, mais uniquement de garantir aux personnes placées sous la juridiction des Parties Contractantes le droit de se servir, en principe, des moyens d'instruction existant à un moment donné »¹⁰⁴. L'absence d'obligation de créer ou de subventionner s'explique par le fait que tous les Etats membres du Conseil de l'Europe avaient à l'époque de l'ouverture du Protocole à leur signature, et ont encore à l'heure actuelle, un système d'enseignement général et officiel¹⁰⁵.

44 Langue d'enseignement. La Cour européenne a donc considéré dans l'affaire « *linguistique belge* » que la Convention n'a pas été violée par les lois interdisant la création et le « subventionnement » par l'Etat d'écoles qui ne se conformeraient pas aux prescriptions linguistiques¹⁰⁶. Le refus de l'Etat de créer ou de subventionner, dans la région unilingue néerlandaise, des écoles d'enseignement primaire utilisant le français comme langue d'enseignement n'était donc pas contraire à l'article 2 du Protocole n° 1¹⁰⁷. Le retrait total des subventions aux écoles entretenant un enseignement total ou partiel dans une autre langue n'était pas non plus contraire à cet article¹⁰⁸.

45 Subventionnement des établissements privés. Dans l'affaire *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark* du 7 décembre 1976¹⁰⁹, la Cour européenne a considéré que l'enseignement privé participait aussi à la réalisation effective du droit à l'instruction puisque « la première phrase ne distingue pas plus que la seconde entre l'enseignement public et l'enseignement privé »¹¹⁰. Mais si des établissements d'enseignement privé ont

¹⁰³ Voir notamment les Doc. CM/WP VI (51) 7, page 4 et AS/JA (3) 13, page 4.

¹⁰⁴ L'Affaire « *linguistique belge* », préc., § 3.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, § 7.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, deuxième question, § 13.

¹⁰⁹ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc.

¹¹⁰ *Ibid.*, § 50.

été mis en place, les Etats n'ont pas d'obligation de leur octroyer des subventions¹¹¹. La Commission avait également considéré que l'Etat pouvait instaurer une scolarisation obligatoire¹¹², mais il n'était pas tenu de subventionner la création et la gestion de l'enseignement privé ni d'allouer une assistance financière aux élèves de ces écoles¹¹³. Ainsi, l'Etat n'était pas obligé d'accepter le placement d'un enfant dyslexique dans une école privée spécialisée dont les frais de scolarité étaient à la charge de l'Etat lorsqu'une école publique ordinaire dotée des moyens d'enseignement spécialisés pour enfants handicapés pouvait l'accueillir¹¹⁴.

46 Garantie d'accès. Avec l'affaire *Timichev c/ Russie* du 13 décembre 2005¹¹⁵, la Cour européenne a ouvert la voie à un droit d'accès à l'éducation primaire pour tous, indépendamment de la régularité du séjour de l'enfant¹¹⁶. Pour la Cour, le droit à l'éducation garantit l'accès à l'instruction élémentaire, car celui-ci est « primordiale pour le développement de l'enfant »¹¹⁷ et le refus d'admission à l'école des enfants en se fondant sur le lieu de résidence de leur père constitue la violation de la Convention. Depuis l'arrêt *Leyla Sahin c/ Turquie* du 10 novembre 2005¹¹⁸, la Cour ouvre la possibilité d'étendre le champ d'application du droit à l'instruction à l'enseignement supérieur. Ainsi, elle estime que si l'article 2 du Protocole n° 1 « énonce pour l'essentiel l'accès aux établissements de l'enseignement primaire et secondaire, nulle cloison étanche ne sépare l'enseignement supérieur du domaine de l'instruction ». Par conséquent, elle précise qu'il « n'astreint certes pas les Etats contractants à créer des établissements d'enseignement supérieur », mais lorsque ces établissements existent, « un Etat qui a créé de tels établissements a l'obligation de veiller à ce que les personnes jouissent d'un droit d'accès effectif à ceux-ci »¹¹⁹.

¹¹¹ *L'affaire « linguistique belge »*, préc., première question, § 3.

¹¹² Commission, *Famille H. c/ Royaume-Uni* du 6 mars 1984, DR, 37, 105.

¹¹³ Commission, *40 mères de famille c/ Suède* du 9 mars 1977, DR 9, 32 ; Commission, *W. et K.L. c/ Suède* du 11 décembre 1985, DR 45, 150 ; Commission, décision du 2 décembre 1992, *Ingrid Jordebo c/ Suède*, req. n° 13975/88.

¹¹⁴ Commission, *Simpson c/ Royaume-Uni* du 4 décembre 1989, DR, 64, 188.

¹¹⁵ *Timishev c/ Russie* du 13 décembre 2005, req. n° 55762/00 et 55974/00 : *JDI* 2006, n° 3, p. 1171, obs. M. Eudes ; *RDP* 2006-3, obs. F. Sudre.

¹¹⁶ S. Grosbon, « La discrimination dans l'imposition de frais de scolarité à certains ressortissants étrangers : la Cour européenne des droits de l'homme en dit trop ... ou pas assez ... », *RTDH* 2012, n° 92, p. 945.

¹¹⁷ *Timichev c/ Russie*, préc., § 64.

¹¹⁸ *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., préc.

¹¹⁹ *Ibid.*, § 137.

B. La possibilité d'imposer une sélection et des frais de scolarité

47 Accès sans discrimination. La jouissance du droit à l'instruction suppose que l'Etat assure un égal accès dans ce domaine. En acceptant que l'interdiction de la discrimination de l'article 14 s'applique à un « droit additionnel »¹²⁰, la Cour européenne considère que, si l'article 2 du Protocole n° 1 ne confère pas le droit d'obtenir des pouvoirs publics la création d'établissements d'enseignement, « l'Etat qui aurait créé pareil établissement ne pourrait, en en réglementant l'accès, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14 »¹²¹. Toutefois, selon la Cour européenne, l'accès effectif aux établissements scolaires, à condition de ne pas être discriminatoire, peut être soumis aux conditions qui varient selon les niveaux d'étude. Il est donc possible d'imposer une sélection dans des établissements d'enseignement supérieur. Dans le même sens, il est également possible d'imposer des frais de scolarité dans des établissements d'enseignement secondaire et supérieur. Par ailleurs, statuant sur le fondement de la liberté de manifester sa religion, la Cour européenne accepte que l'accès à l'instruction puisse être conditionné par les réglementations relatives à la tenue vestimentaire¹²².

48 Examen d'entrée et durée d'étude. La possibilité d'imposer une sélection dans des établissements d'enseignement supérieur se traduit d'une part, par la possibilité d'organiser un examen d'entrée et en cours d'études et d'autre part, par la possibilité de limiter la durée d'étude. La jurisprudence de la Cour européenne va ainsi dans le même sens que l'article 13, c), du Pacte des Nations Unies relatif aux droits sociaux, économiques et culturels qui prévoit que « l'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité, *en fonction des capacités de chacun*¹²³ [...] ». La Commission avait décidé que dans l'enseignement supérieur, il peut, sous réserve de l'absence de discrimination, fixer des normes d'entrée ainsi que la durée maximale des études universitaires¹²⁴. Ainsi, un étudiant ne disposant pas de niveau suffisant pouvait être admis à redoubler¹²⁵. L'étudiant peut également se voir définitivement évincé de

¹²⁰ F. Sudre, « Rapport introductif », in F. Sudre, H. Surrél (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 17.

¹²¹ *L'affaire « linguistique belge »*, préc., § 9.

¹²² Voir *Infra.*, n° 113.

¹²³ Nous soulignons.

¹²⁴ Commission, *X. c/ Autriche* du 16 juillet 1973, *Réc. déc.*, 44, 63.

¹²⁵ Commission, *X. c/ Royaume-Uni* du 9 décembre 1980, *DR*, 23, 228.

l'université en raison de fraude¹²⁶. L'expulsion de celui-ci ne porte pas atteinte à la substance du droit à l'instruction alors même que l'exclusion pour fraude lui interdit « de s'inscrire dans un autre établissement pour poursuivre ses études »¹²⁷. La Cour européenne estime dans les décisions d'irrecevabilité *Akat et Kaynar c/ Turquie* du 12 mai 2009¹²⁸ que l'Etat peut aussi modifier ces conditions car « il ne saurait faire échec au droit pour un Etat de modifier un système déjà mis en place pour les conditions d'accès à l'université ». La modification est possible sous réserve de ne pas porter atteinte à la substance même du droit à l'instruction. Dans l'affaire *Mürsel Eren c/ Turquie* du 7 février 2006¹²⁹, la Cour européenne estime que lorsqu'un candidat répondait aux conditions d'admission, celui-ci avait le droit d'être admis à l'université. C'est pourquoi elle constate une violation de l'article 2 du Protocole n° 1 en raison de l'annulation des résultats positifs d'un candidat aux examens d'entrée à l'université au vu des résultats médiocres qu'il avait obtenus les années précédentes. Dans cet arrêt, la Cour juge intenable la conclusion du conseil universitaire selon laquelle les bons résultats de l'intéressé étaient inexplicables. De plus, rien ne montrait que le requérant ait triché.

49 Imposition des frais de scolarité. La Cour européenne avait considéré, dans l'affaire « *Linguistique belge* », que le droit à l'instruction « appelait de par sa nature même une réglementation par l'Etat »¹³⁰ et que pour ce qui est de l'étendue des moyens d'instruction et de la manière de les organiser ou de les subventionner, « la Convention n'impose pas d'obligations déterminées »¹³¹. Dans l'affaire *Ponomaryovi c/ Bulgarie* du 21 juin 2011¹³², la Cour européenne se prononce en détails sur la gratuité du droit à l'instruction. La Cour semble opter pour l'imposition des frais de scolarité, variés selon les différents niveaux d'études. Ainsi, la Cour admet que l'Etat peut avoir des raisons légitimes de limiter le bénéfice de services publics coûteux, comme par exemple les programmes d'assurances sociales, d'allocations publiques et de soins médicaux¹³³, à

¹²⁶ Commission, *Sulak c/ Turquie* du 17 janvier 1996.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Akat et Kaynar c/ Turquie* du 12 mai 2009, req. n° 34740/04 et 2399/06.

¹²⁹ *Mürsel Eren c/ Turquie* du 7 février 2006, req. n° 60856/00.

¹³⁰ L'affaire « *linguistique belge* », préc., § 5.

¹³¹ *Ibid.*, § 3.

¹³² *Ponomaryovi c/ Bulgarie*, préc.

¹³³ Voir *GACEDH*, n° 12 : la possibilité de restreindre des soins médicaux trouve sa limite dans l'obligation de ne pas mettre en danger la vie d'un individu en lui refusant des soins médicaux (*Chypre c/ Turquie* du 10 mai 2001, req. n° 25781/94, § 219 ; *Nitecki c/ Pologne* du 21 mars 2002, req. n° 65653/01).

certains étrangers sur la base de l'irrégularité et de la courte durée de leur séjour¹³⁴ car ceux-ci ne contribuent pas au financement de ces services. Mais, tout en reconnaissant que « l'enseignement est un service complexe à organiser et onéreux à gérer » et que « l'Etat doit ménager un équilibre entre, d'une part, les besoins éducatifs des personnes relevant de sa juridiction et, d'autre part, sa capacité limitée à y répondre »¹³⁵, la Cour estime que l'éducation se distingue d'autres services publics car l'instruction est « l'un des plus importants services publics dans un Etat moderne » et il s'agit d'« un droit directement protégé par la Convention »¹³⁶. La Cour souligne également que l'instruction est un service public de nature très particulière, « qui bénéficie non seulement aux usagers mais aussi plus largement à la société et est indispensable au respect des droits de l'homme »¹³⁷.

50 Gratuité de l'enseignement primaire. Divers éléments militent en faveur de la reconnaissance par la Cour de l'obligation d'instaurer un enseignement scolaire gratuit et obligatoire¹³⁸. Il s'agit d'une part, d'une interprétation évolutive de la Convention et d'autre part, de la pratique actuelle des Etats membres du Conseil de l'Europe en matière d'enseignement public et surtout de l'obligation d'organiser l'enseignement obligatoire et gratuit découlant d'autres instruments internationaux¹³⁹. Ainsi, en ce qui concerne la pratique des Etats membres, dans l'affaire « *linguistique belge* », la Cour a constaté que « tous les Etats membres du Conseil de l'Europe avaient à l'époque de l'ouverture de Protocole à leur signature, et ont encore à l'heure actuelle, un système d'enseignement général et officiel »¹⁴⁰, ce qui veut dire public et gratuit. La mise en place du système d'enseignement scolaire gratuit et obligatoire est également requise, au moins en ce qui concerne l'enseignement primaire, par les instruments internationaux tels la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la Convention internationale des droits de l'enfant. Dans l'affaire *Ponomaryovi c/ Bulgarie*, la Cour confirme l'importance de l'éducation primaire « qui apporte une instruction de base –

¹³⁴ *Ponomaryovi c/ Bulgarie*, préc., § 54.

¹³⁵ *Ibid.*, § 55.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ P.-M. Dupuy et L. Boisson de Charzounes, « Article 2 du Protocole n° 1 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^e éd., 1999, p. 999.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *L'Affaire « linguistique belge »*, préc., § 3.

ainsi que l'intégration sociale et les premières expériences de vivre ensemble – et qui est obligatoire dans la plupart des pays »¹⁴¹, pour considérer que celle-ci « est généralement gratuit »¹⁴². De ce fait, la Cour semble considérer que la gratuité doit s'appliquer sans distinction fondée sur la nationalité ou la nature du titre de séjour, au moins en ce qui concerne l'enseignement primaire¹⁴³.

51 Enseignement supérieur. A l'inverse, en constatant que « la marge d'appréciation de l'Etat en la matière augmente avec le niveau d'enseignement de manière inversement proportionnelle à l'importance de l'éducation pour les personnes concernées et pour la société en général », la Cour en déduit qu'au niveau universitaire, qui demeure facultatif pour de nombreuses personnes, des frais de scolarité élevés pour les étrangers », voire, précise-t-elle, « des frais de scolarité en général, semblent être une pratique courante et peuvent, en l'espèce, être pleinement justifiés »¹⁴⁴.

52 Enseignement secondaire. En ce qui concerne l'enseignement secondaire, la Cour souligne l'importance croissante de celui-ci du fait que « de plus en plus de pays sont tournés vers ce qui a été qualifié de « société de savoir »¹⁴⁵. En conséquence, « l'enseignement secondaire joue un rôle toujours croissant dans l'épanouissement personnel et l'intégration socioprofessionnelle de chacun »¹⁴⁶. Se référant à l'article 28 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant et à l'article 13 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, référence qui est quelque peu erronée¹⁴⁷, la Cour indique que l'enseignement secondaire se situe « entre ces deux extrêmes »¹⁴⁸ – c'est-à-dire, entre l'enseignement supérieur et l'enseignement primaire, l'imposition des frais de scolarité dans ce stade d'études devant être soumise à un contrôle plus strict¹⁴⁹. C'est ainsi qu'elle considère dans l'affaire *Ponomaryovi* que l'imposition des frais de scolarité dans l'enseignement secondaire aux élèves étrangers

¹⁴¹ *Ponomaryovi c/ Bulgarie*, préc., § 56.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ S. Grosbon, « La discrimination dans l'imposition de frais de scolarité à certains ressortissants étrangers : la Cour européenne des droits de l'homme en dit trop ... ou pas assez ... », préc.

¹⁴⁴ *Ponomaryovi c/ Bulgarie*, préc., § 56.

¹⁴⁵ *Ibid.*, § 57.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Voir S. Grosbon, « La discrimination dans l'imposition de frais de scolarité à certains ressortissants étrangers : la Cour européenne des droits de l'homme en dit trop ... ou pas assez ... », préc. : L'auteur explique que l'article 28 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant et l'article 13 du Pacte international diffèrent justement sur cette question puis que le Pacte exige « l'instauration progressive de la gratuité » dans tous les niveaux d'études alors que la Convention internationale des droits de l'enfant ne prévoit l'obligation de gratuité que pour l'enseignement primaire.

¹⁴⁸ *Ponomaryovi c/ Bulgarie*, préc., § 57.

¹⁴⁹ *Ibid.*, § 58.

résidant régulièrement dans le pays d'accueil, constitue une discrimination à leur égard. Constatant la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1, la Cour considère qu'en l'occurrence, l'obligation faite aux requérants de verser des frais de scolarités pour poursuivre leurs études secondaires en raison de leur nationalité et de leur situation au regard de la législation sur l'immigration n'était pas justifiée¹⁵⁰. En effet, les requérants ont été traités moins favorablement que d'autres individus dans une situation comparable puisque les élèves bulgares et certaines catégories d'élèves étrangers ont bénéficié de droit d'une éducation secondaire gratuite. Le constat de la discrimination dans le cas d'espèce provient également de l'absence de frais additionnels engendrés par leur scolarité car « ils étaient parfaitement intégrés dans la société et parlaient couramment le bulgare »¹⁵¹. Mais peut-on en déduire *a contrario* que le refus d'un enseignement secondaire gratuit peut être justifié par exemple pour un élève dont la présence sur le territoire est irrégulière ou pour un élève en situation régulière mais dont l'éducation exigerait des "enseignements spéciaux" et donc des investissements financiers supplémentaires ? Cette appréciation « très circonstanciée » que livre la Cour européenne semble rendre « quelque peu hasardeuse l'évaluation du niveau exact des exigences strasbourgeoises ainsi que de leurs possibles applications futures » sur la question des frais de scolarité différenciés en fonction du titre de séjour¹⁵².

§ 2 : Le droit d'accès à une instruction de qualité

53 Efficacité de l'enseignement. Le droit énoncé à la deuxième phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 « d'obtenir [...] la reconnaissance officielle des études accomplies » exige que l'enseignement doit être efficace. Ce qui veut dire que l'enfant doit pouvoir bénéficier de l'enseignement « intellectuellement »¹⁵³ : il doit donc pouvoir le comprendre. Il doit également pouvoir en tirer profit pour sa carrière scolaire d'abord, professionnelle ensuite¹⁵⁴. Ce droit peut se réaliser comme dans l'affaire « *linguistique belge* » par la délivrance de diplômes ou par une procédure officielle

¹⁵⁰ *Ibid.*, § 63.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² S. Grosbon, « La discrimination dans l'imposition de frais de scolarité à certains ressortissants étrangers : la Cour européenne des droits de l'homme en dit trop ... ou pas assez ... », préc.

¹⁵³ A.-C. Kiss, « La protection internationale du droit de l'enfant à l'éducation », préc.

¹⁵⁴ *Ibid.*

d'homologation¹⁵⁵. Ainsi, la Cour européenne a considéré que le fait de subordonner l'homologation des certificats à un examen devant le jury central ne se trouvait pas en contradiction avec la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1¹⁵⁶. Dans le même sens, la Commission a considéré que le fait de subordonner la délivrance d'un diplôme au respect de la tenue vestimentaire ne constituait pas une ingérence dans l'exercice de la liberté de conscience et de religion¹⁵⁷. En l'espèce, il s'agissait du refus de délivrer un diplôme à une femme voilée. Une autre dimension de l'exigence de l'efficacité de l'enseignement tient à la langue dans laquelle l'enseignement doit être dispensé car l'enfant doit pouvoir comprendre et suivre les cours. C'est ainsi que la Cour précise dans l'affaire « *Linguistique belge* » que « le droit à l'instruction serait vide de sens s'il n'impliquait pas, pour ses titulaires, le droit de recevoir un enseignement dans la langue nationale ou dans une des langues nationales, selon les cas »¹⁵⁸.

54 Minorité défavorable. L'exigence « d'obtenir [...] la reconnaissance officielle des études accomplies » peut faire penser également à la qualité de l'éducation donnée aux enfants roms. Ceux-ci, étant souvent victimes d'une ségrégation scolaire, risquent de ne pas obtenir une éducation d'une bonne qualité¹⁵⁹. Devant la Cour européenne, la question du droit des enfants roms d'accès à une instruction de qualité se pose sous l'angle de l'interdiction de la discrimination. Ainsi, en constatant que l'organisation de la scolarisation des enfants roms peut être considérée comme une source de discrimination indirecte interdite par la Convention européenne des droits de l'homme (A.), la Cour européenne parvient à imposer aux Etats membres une obligation de prendre des mesures de nature positive pour aider les enfants roms à résoudre leur difficulté dans le domaine scolaire (B.).

A. L'organisation de la scolarisation des enfants roms : une source de discrimination indirecte

55 Discrimination indirecte et la protection de la minorité défavorable. La Cour européenne reconnaît que l'article 14 interdit non seulement les discriminations

¹⁵⁵ *L'Affaire « linguistique belge », préc., § 42.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Commission, *Karaduman c/ Turquie* du 3 mai 1993, DR 74, p. 93 : *LPA* 1993, 11, note J.-F. Flauss.

¹⁵⁸ *L'Affaire « linguistique belge », préc., § 3.*

¹⁵⁹ Voir *Infra.*, n° 53 et s.

directes, mais aussi les discriminations indirectes¹⁶⁰. Inspirée par les textes communautaires auxquels elle fait référence¹⁶¹, et également par la définition donnée par la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (l'ECRI)¹⁶², la Grande Chambre dans l'affaire *D.H. et autres c/ République tchèque* du 13 novembre 2007 a dégagé une formule selon laquelle « pouvait être considérée comme discriminatoire une politique ou une mesure générale qui avait des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, même si elle ne visait pas spécifiquement ce groupe »¹⁶³ et cette discrimination peut également résulter d'une situation de fait¹⁶⁴. Comme souligne le Professeur Sudre, « c'est en effet, l'appartenance au groupe qui fonde le bénéfice du droit à la non-discrimination et c'est en tant que membre du groupe que l'individu peut se prévaloir de ce droit »¹⁶⁵. Si la Cour européenne était au début réticente à la protection des minorités¹⁶⁶, sa jurisprudence a fait l'objet d'une évolution en faveur des

¹⁶⁰ Pour plus d'information sur la discrimination indirecte, voir *GACEDH* n° 9 ; F. Sudre, « Rapport introductif », in F. Sudre et H. Surrel (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la CEDH*, Bruylant-Némésis, « Droit et justice », 2008, p. 19 ; E. Dubout, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? », *RTDH*, 2008, p. 821 ; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 11^e éd., 2012, n° 189, p. 297.

¹⁶¹ §§ 82 à 84 de l'arrêt *D.H. c/ République tchèque*, gr. ch., du 13 novembre 2007, req. n° 57325/00 : *JDI* 2008, n° 3, p. 836, obs. P. Tavernier ; *RTDH* 2008, n° 75, p. 821, obs. E. Dubout ; *JCP A* 2008, n° 41, 2225, obs. D. Szymczak. § 46 : La Cour fait référence à l'article 2 § 2 b) de la Directive 97/80/CE du Conseil de l'Union européenne du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, selon lequel « une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes ». La Cour européenne fait également référence à la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail visent à l'interdiction, dans les domaines régis par elles, de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

¹⁶² § 60 de l'arrêt *D.H. et autres c/ République tchèque*, gr. ch., préc. : La Commission définit une discrimination raciale indirecte comme « le cas où un facteur apparemment neutre tel qu'une disposition, un critère ou une pratique ne peut être respecté aussi facilement par des personnes appartenant à un groupe distingué par un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique, ou désavantage ces personnes, sauf si ce facteur a une justification objective et raisonnable. Il en est ainsi s'il poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

¹⁶³ *D.H. et autres c/ République tchèque*, gr. ch., préc.

¹⁶⁴ *Zarb Adami c/ Malte* du 20 juin 2006, req. n° 17209/02, § 78 : *RDP*, 2006, 872, obs. H. Surrel.

¹⁶⁵ F. Sudre, *Rapport introductif*, préc., p. 19 ; voir également sur cette question, E. Dubout, Vers une protection de l'égalité « collective » par la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2006, n° 68, p. 851.

¹⁶⁶ Élaborée à une époque où prévalait une conception universaliste et individualiste des droits de l'homme, La Convention européenne privilégiait les droits des individus au détriment des droits des groupes auxquels ils appartenaient : voir sur ce point, l'étude de J.-M. Larralde, « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers », *RTDH*, 2003, p. 1247 : L'auteur part du principe où la Convention européenne constitue un instrument déjà potentiellement ouvert à la protection des groupes.

ces dernières¹⁶⁷. C'est dans l'affaire *D.H. c/ République tchèque* que la Cour européenne a sanctionné pour la première fois expressément une discrimination à l'encontre d'un groupe ethnique. Ainsi, elle a considéré que « dès lors qu'il a été établi que l'application de la législation pertinente avait à l'époque des faits, des effets préjudiciables disproportionnés sur la communauté rom, les requérants en tant que membres de cette communauté ont nécessairement subi le même traitement discriminatoire »¹⁶⁸ et que « cette conclusion dispense la Cour de se pencher sur leurs cas individuellement »¹⁶⁹. Sans vraiment désigner les titulaires de ces droits reconnus « à dimension collective »¹⁷⁰, la Cour européenne semble s'appuyer sur la « vulnérabilité » de la communauté rom pour déclencher le contrôle conventionnel. Dans l'affaire *D.H. et autres c/ République tchèque*, elle a estimé qu'aujourd'hui « les Roms vivent bien souvent dans des conditions très difficiles, fréquemment en marge des sociétés des pays dans lesquels ils se sont installés et que leur participation à la vie publique est extrêmement limitée »¹⁷¹.

56 Contrôle européen. Dans le domaine de l'organisation de la scolarisation des enfants roms, la lecture des arrêts de la Cour européenne montre sa volonté de faciliter le déclenchement du contrôle de la discrimination indirecte en ce domaine (1°). Une fois le soupçon de la discrimination établi, elle se trouve très exigeante envers les Etats dans la justification des mesures prises (2°).

1° Le déclenchement facilité du contrôle conventionnel de la discrimination indirecte dans le domaine de l'éducation

57 Allégation de discrimination indirecte. D'après la formule de la Cour européenne selon laquelle « pouvait être considérée comme discriminatoire une politique ou une mesure générale qui avait des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes »¹⁷², pour prouver l'existence de la discrimination indirecte dans l'organisation de la scolarisation des enfants roms, il faut que deux éléments soient

¹⁶⁷ J. Andriantsimbazovina, « Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes. Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme », in F. Sudre et H. Surrel (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de ma Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008.

¹⁶⁸ *D.H. c/ République tchèque*, Gr. Ch., préc., § 209.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Sudre F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 65, p. 98.

¹⁷¹ *D.H. c/ République tchèque*, préc., §§ 12 à 14.

¹⁷² *Ibid.*

réunis : une neutralité apparente dans la politique ou la mesure en cause et un effet préjudiciable disproportionné. Toutefois, en raison du caractère neutre des dispositions ou pratiques litigieuses, la discrimination indirecte est difficile à révéler. C'est pourquoi le problème des preuves est au cœur de ce genre de litige. Admettant que la preuve de la discrimination indirecte est très difficile à apporter sans renverser la charge de la preuve¹⁷³, la Cour estime que « des règles de preuves moins strictes s'imposent en cas d'allégation de discrimination indirecte »¹⁷⁴. La Cour procède ainsi à un « rééquilibrage » de la charge de la preuve¹⁷⁵ pour estimer que s'agissant des discriminations indirectes, dès lors que le requérant peut présenter un commencement de preuve permettant d'établir une présomption de discrimination, « il incombe ensuite à l'Etat défendeur de réfuter cette présomption en démontrant que la différence en question n'est pas discriminatoire »¹⁷⁶.

58 Différents moyens de preuve. En effet, la Cour accepte avec beaucoup de souplesse de différents moyens de preuve susceptibles de constituer un commencement de preuve de la discrimination indirecte¹⁷⁷. Admettant que « le degré de conviction nécessaire pour parvenir à une conclusion particulière et, à cet égard, la répartition de la charge de la preuve sont intrinsèquement liés à la spécificité des faits, à la nature de l'allégation formulée et au droit conventionnel en jeu »¹⁷⁸, la Cour voit dans l'organisation de la scolarisation des enfants roms, une présomption de discrimination, qui peut être révélée soit par des données statistiques (a.), soit même en absence de ces données (b.).

a. La discrimination révélée par des données statistiques

59 Acceptation des données statistiques. Depuis l'affaire *Zarb Adami c/ Malte* du 20 juin 2006¹⁷⁹, la Cour européenne considère que des statistiques peuvent constituer un commencement de preuve. En matière d'éducation, la Grande Chambre considère dans

¹⁷³ *Ibid.*, § 189.

¹⁷⁴ *Ibid.*, § 186.

¹⁷⁵ Voir Sudre F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 190, p. 299.

¹⁷⁶ *Natchova et autres c/ Bulgarie* du 6 juillet 2005, req. n° 43577/98 et 43579/98, préc., § 157 ; *D.H. c/ République tchèque*, gr. ch., préc., § 189.

¹⁷⁷ *Natchova et autres c/ Bulgarie*, préc., § 147 ; *Timichev c/ Russie* du 13 décembre 2005, req. n° 55762/00 et 55974/00, § 39 ; *D.H. c/ République tchèque*, gr. ch., préc., § 178 : La Cour estime que « se trouvent étayées par une évolution indépendante de l'ensemble des éléments de preuve, y compris les déductions qu'elle peut tirer des faits et des observations des parties. (...) La preuve peut résulter d'un faisceau d'indices, ou des présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants ».

¹⁷⁸ *Natchova et autres c/ Bulgarie*, préc., § 147 ; *Timichev c/ Russie* du 13 décembre 2005, req. n° 55762/00 et 55974/00, § 39 ; *D.H. c/ République tchèque*, gr. ch., préc., § 178.

¹⁷⁹ *Zarb Adami c/ Malte* du 20 juin 2006, préc., § 78.

son arrêt *D.H. c/ République tchèque* que « lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été soumises à un examen critique de la Cour, paraissent fiables et significatives, suffisent pour constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant »¹⁸⁰. L'admission des données statistiques s'explique aussi par le fait que ces données lui semblent consubstantielles au concept même de discrimination indirecte, qui sanctionne une mesure désavantageant une proportion nettement plus importante de personnes appartenant à un groupe¹⁸¹.

60 Tests non adaptés. Dans l'affaire *D.H. et autres c/ République tchèque*, a été considérée comme une mesure neutre mais défavorisant les enfants roms, le placement de ceux-ci dans des écoles spéciales destinées aux enfants atteints de déficiences intellectuelles et ne pouvant pas suivre un cursus scolaire ordinaire. Le placement n'a pas été effectué sur la base d'origine ethnique mais résultait d'une mesure générale en combinaison des résultats d'un test des capacités intellectuelles de ces derniers avec le consentement de leurs parents. Les enfants pour lesquels un placement dans une école spéciale était envisagé, d'origine rom ou non, étaient soumis aux mêmes tests. Toutefois, le problème se trouvait dans des tests destinés à établir le niveau d'intelligence et d'aptitude des élèves¹⁸² car ces tests, élaborés sur la base du niveau de la population tchèque majoritaire, n'étaient pas adaptés aux enfants roms. Par conséquent, il était inévitablement plus difficile pour ces enfants d'atteindre des résultats satisfaisants permettant d'entrer dans le système d'enseignement général.

61 Jeu de proportionnalité. C'est à partir des données statistiques que la Cour européenne constate l'existence de présomption de discrimination dans le cas d'espèce, puisqu'elles mettaient en évidence la proportion élevée d'enfants d'origine rom placés dans des écoles « spéciales »¹⁸³. Ainsi, la Cour estime que, même si le pourcentage exact restait difficile à établir, le nombre d'enfants roms affectés était « démesurément

¹⁸⁰ *D.H. c/ République tchèque*, Gr. Ch., préc., § 188.

¹⁸¹ E. Dubout, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? », *RTDH*, 2008, 821.

¹⁸² *D.H. c/ République tchèque*, Gr. Ch., préc., § 79.

¹⁸³ En effet, les données présentées par les requérants concernant leur propre région géographique indiquent que 50 à 56 % des élèves des écoles spéciales étaient d'origine rom, alors qu'ils ne représentaient que 2 % environ de l'ensemble des élèves dans l'enseignement général. De plus, les données recueillies auprès des sources intergouvernementales tendent à montrer que, sur l'ensemble du territoire tchèque, entre 50 et 90 % des enfants roms fréquentaient les écoles spéciales.

élevé » au regard de la composition de la population considérée dans son ensemble¹⁸⁴. Dans ces conditions, la Cour admet que les éléments de preuve présentés par les requérants pouvaient être considérés comme suffisamment fiables et révélateurs pour faire naître une forte présomption de discrimination indirecte¹⁸⁵.

b. La discrimination révélée en absence de données statistiques

62 Situation globalement suspecte. L'acceptation des données statistiques comme moyen de preuve peut donc être considérée comme un assouplissement des règles en faveur des enfants roms victimes de discrimination indirecte. Pour autant, il existe l'hypothèse dans laquelle les données statistiques montrent plutôt une absence de discrimination ou l'hypothèse dans laquelle, les données statistiques n'existent pas¹⁸⁶. C'est pour cette raison que la Cour a franchi un pas de plus en acceptant que la discrimination puisse être révélée même en absence de preuves statistiques. Admettant dans l'arrêt *D.H. et autres c/ République tchèque* que la production des statistiques n'était pas indispensable pour prouver la discrimination indirecte¹⁸⁷, la Cour applique ce principe dans les affaires *Sampanis et autres c/ Grèce* du 5 juin 2008¹⁸⁸ et *Orsus et autres c/ Croatie* du 16 mars 2010¹⁸⁹. En effet, la Cour européenne, qui opte pour une approche novatrice, prend en compte dans les cas d'espèce, une « situation globalement suspecte »¹⁹⁰.

63 Placement dans des classes spéciales. Dans l'affaire *Sampanis et autres*¹⁹¹, cette situation résultait de la pratique consistant, pendant une année scolaire, à refuser d'inscrire les enfants roms à l'école pour ensuite les placer dans des classes spéciales dans une annexe de l'école, au prétexte de les préparer à l'intégration dans les classes normales, et en raison notamment d'un certain nombre d'incidents à caractère raciste à l'instigation des parents d'enfants non roms. Ces classes préparatoires étaient

¹⁸⁴ *D.H. c/ République tchèque*, gr. ch., préc., §§ 190 à 193.

¹⁸⁵ *Ibid.*, § 195.

¹⁸⁶ E. Dubout, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? », préc. : L'auteur estime qu'il y a là une faille dans le dispositif que pourrait exploiter des Etats comme la France qui refuse tout comptage ethnique.

¹⁸⁷ *D.H. et autres c/ République tchèque*, gr. ch, préc., § 188.

¹⁸⁸ *Sampanis et autres c. Grèce* du 5 juin 2008, req. n° 32526/05.

¹⁸⁹ *Orsus et autres c/ Croatie* du 16 mars 2010, req. n° 15766/03, § 153 : JCP G 2010, n° 14, p. 718, obs. C. Picheral ; RTDH 2010, n° 84, p. 987, obs. E. Dubout.

¹⁹⁰ E. Dubout, « La Cour européenne des droits de l'homme et la justice sociale – à propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », RTDH, 2010, n° 84, p. 987.

¹⁹¹ *Sampanis et autres c/ Grèce*, préc., §§ 81 à 83.

fréquentées exclusivement par des élèves d'origine rom. C'est dans cette condition que la Cour a considéré que ces éléments de preuve peuvent être considérés comme suffisamment fiables et révélateurs pour faire naître une forte présomption de discrimination¹⁹².

64 Mesure réservée aux enfants roms. Dans l'affaire *Orsus*¹⁹³, les faits d'espèce étaient plus compliqués que ceux de l'arrêt *Sampanis* car dans cette affaire, les statistiques montraient que les enfants roms étaient largement présents dans les classes dites mixte suivant un programme « normal ». Pour la Cour, « cela confirme qu'il n'y avait pas de politique générale consistant à placer automatiquement les élèves roms dans des classes séparées dans les deux écoles en cause » et « les statistiques soumises ne suffisent pas à établir l'existence d'un commencement de preuve de discrimination relativement à l'effet d'une mesure ou d'une pratique »¹⁹⁴. Toutefois, ayant relevé que le placement dans des classes spéciales n'a été appliqué qu'aux enfants roms, la Cour européenne conclut que le placement d'enfants dans des classes séparées en raison de leur maîtrise insuffisante de la langue croate s'analysait manifestement en une différence de traitement¹⁹⁵. La Cour souligne également « un contexte d'hostilité globale à l'égard des roms » et l'opposition qu'auraient manifestée les parents des autres enfants envers l'affectation des enfants roms à des classes mixtes¹⁹⁶.

2° La justification difficile des mesures prises

65 Discrimination fondée sur l'origine ethnique. Accordant à l'Etat une « certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelles mesures, des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique »¹⁹⁷, la Cour est très exigeante sur ce point car elle considère qu'il s'agit, dans les cas d'espèce, de la protection contre une discrimination fondée sur l'origine ethnique, constituant une forme de discrimination raciale, une « forme de discrimination particulièrement odieuse »¹⁹⁸. Pour cette raison, la Cour estime que « la notion de

¹⁹² *Ibid.*, § 83.

¹⁹³ *Orsus et autres c/ Croatie* du 16 mars 2010, préc.

¹⁹⁴ *Ibid.*, § 152.

¹⁹⁵ *Ibid.*, § 153.

¹⁹⁶ *Ibid.*, § 155.

¹⁹⁷ *Rasmussen c/ Danemark* du 28 novembre 1984, série A., n° 87, § 40 : *JDI*, 1986, 1074, obs. P. Tavernier ; *Stec et autres c/ Royaume-Uni* du 12 avril 2006, Gr. Ch., req. n° 65731/01 et 65900/00, § 51 : *RDP*, 2007, 872, obs. H. Surrel.

¹⁹⁸ *Timichev c/ Russie*, préc., § 56.

justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible »¹⁹⁹. Concrètement, lorsque les requérants parviennent à démontrer le commencement de preuve permettant de soupçonner la discrimination indirecte dans le domaine scolaire, le Gouvernement doit démontrer que cette différence d'effet de la législation était le résultat de facteurs objectifs qui n'étaient pas liés à l'origine ethnique²⁰⁰ et s'il ne parvient pas à le démontrer, il doit justifier que la différence de traitement se base sur une justification objective et raisonnable. La Cour européenne constate l'existence de la discrimination indirecte lorsque les mesures prises n'étaient pas entourées des garanties (a.) ou lorsque l'application de ces mesures était incohérente (b.).

a. Le constat de la discrimination indirecte résultant de l'absence de garanties entourant des mesures prises par les Etats

66 Tests non adaptés. Dans l'affaire *D.H. et autres c/ République tchèque*, le Gouvernement a essayé de montrer que les mesures prises ont été suffisamment entourées de garanties car le niveau des capacités intellectuelles des enfants a été établi à l'aide des tests psychologiques effectués dans le centre de conseil psychopédagogique. Toutefois, la Cour européenne estime au contraire qu'il existait un risque que les tests psychologiques soient entachés de préjugés et que leurs résultats ne soient pas lus à la lumière des particularités et des caractéristiques spécifiques de ces enfants. En effet, la Cour reproche notamment aux faits que les tests ont été conçus pour la population majoritaire ne tenant pas compte des particularités des Roms²⁰¹. C'est pourquoi la Cour estime que « dans ces conditions, ces tests ne sauraient servir de justification à la différence de traitement litigieuse »²⁰². Dans le même sens, la Cour estime dans l'affaire *Orsus et autres c/ Croatie*²⁰³ que le placement des enfants dans des classes séparées, résultait d'une maîtrise insuffisante de la langue croate alors que les tests servant à décider de l'affectation ou non des enfants à des classes réservées aux

¹⁹⁹ *D.H. c/ République tchèque*, Gr. Ch., préc., § 196.

²⁰⁰ *Ibid.*, § 195.

²⁰¹ Le juge Jungwiert, dans son opinion dissidente, signale un autre facteur lié à la langue puisque la plupart des Roms qui se trouvent actuellement sur le territoire tchèque viennent des pays voisins et beaucoup ne parlent pas la langue tchèque.

²⁰² *D.H. et autres c/ République tchèque*, gr. ch., préc., § 201.

²⁰³ *Orsus et autres c/ Croatie*, Gr. Ch., préc., § 159.

Roms, n'ont pas été spécialement conçus pour évaluer le niveau de connaissance du croate chez ces enfants.

67 Consentement des parents. Dans l'affaire *D.H. et autres c/ République tchèque*, le Gouvernement a également essayé de montrer que la décision finale du placement des enfants dans des écoles spéciales a été accompagnée du consentement des parents de ces enfants. En l'occurrence, les parents roms ont donné leur consentement à l'inscription. Le Gouvernement tchèque, conformément à l'article 2 du Protocole n° 1, voyait cet élément comme une garantie du respect des convictions des parents quant à l'éducation et l'enseignement²⁰⁴. Selon le Gouvernement, il s'agissait d'un élément décisif sans lequel le placement des enfants dans des écoles spéciales n'aurait pas eu lieu²⁰⁵. Contrairement au Gouvernement tchèque, la Cour est loin de voir cet élément comme une garantie. D'une part, la Cour doute de la capacité des parents roms à prendre une telle décision et elle considère, dans une formulation n'échappant pas aux critiques²⁰⁶, que « la Cour n'est pas convaincue que les parents des enfants roms, en tant que membres d'une communauté défavorisée et souvent sans instruction, fussent capables d'évaluer tous les aspects de la situation et les conséquences de leur consentement »²⁰⁷. De plus, selon la Cour, les parents roms se trouvaient à cette occasion confrontés à un dilemme car ils devaient choisir entre des structures d'enseignement général qui ne disposaient pas de moyens pour prendre en compte les différences sociales et culturelles de leurs enfants et où ces derniers risquaient de se trouver isolés et frappés d'ostracisme, et des structures d'enseignement spécial dans lesquelles la majorité des élèves étaient roms²⁰⁸. D'autre part, selon la Cour européenne, ce consentement doit être considéré comme une renonciation au droit et en raison de l'importance fondamentale de la prohibition de la discrimination raciale²⁰⁹, le droit de ne pas subir une

²⁰⁴ *D.H. c/ République tchèque*, gr. ch., préc., § 153.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ § 12 et s. de l'opinion dissidente du juge Borrego Borrego : ce dernier estime que certaines appréciations de la Cour sont insultantes pour les parents des enfants roms ; par ailleurs, les représentants des requérants sont des juristes anglo-saxons qui n'ont eu aucun contact direct avec la réalité sur le terrain, ni avec les requérants et leurs parents. Le juge Borrego Borrego critique également que les formules de la Cour sont en effet beaucoup trop générales et la Grande Chambre aurait dû examiner chaque cas d'espèce, chose qu'elle a ignoré délibérément alors que la Chambre a constaté que certains parents avaient exprimé leur désaccord pour l'inscription de leur enfant dans une école spéciale et que leur volonté avait été respectée.

²⁰⁷ *D.H. et autres c/ République tchèque*, Gr. Ch., préc., § 203.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Natchova et autres c/ Bulgarie*, préc., § 145 ; *Timichev c/ Russie*, préc., § 56.

discrimination raciale insusceptible de renonciation²¹⁰ car « cette renonciation se heurterait à un intérêt public important »²¹¹.

b. Le constat de la discrimination indirecte résultant de l'incohérence dans l'application de la politique éducative

68 Difficulté dans l'organisation de la scolarisation adaptée. En raison de la spécificité de leur mode de vie et de leur statut de minorité, la Communauté rom fait souvent l'objet de discrimination dans plusieurs domaines. En matière d'éducation, beaucoup de roms en Europe sont illettrés, les enfants roms sont victimes de ségrégation scolaire ayant pour effet de les orienter vers des classes de rattrapage ou des établissements pour des enfants handicapés. Ces politiques d'exclusion scolaire constituent l'une des discriminations les plus fondamentales dont sont victimes les roms. Dans les arrêts soumis à la Cour, le point commun de tous ces arrêts réside dans le fait que l'organisation de la scolarisation aboutissait à défavoriser ces enfants dans leur droit à l'accès à l'instruction. Le problème est que ces politiques scolaires résultent non pas de la volonté de discriminer, mais souvent de l'effort d'organiser la scolarisation adaptée aux enfants roms. Alors que la Cour considère que la politique du placement temporaire d'enfant dans une classe séparée « n'est pas en soi automatiquement contraire à l'article 14 de la Convention »²¹², elle exige tout de même de la part des Etats, une certaine cohérence dans l'application des mesures. L'impossibilité pour les Etats de justifier clairement leurs politiques éducatives, amène la Cour à constater l'existence de la discrimination indirecte et à prononcer la violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1.

69 Intention de discriminer. La justification n'est pas facile et la Cour européenne, dans l'affaire *D.H. c/ République tchèque*²¹³, a jugé que dans le domaine de l'éducation²¹⁴, il était impossible de le faire en démontrant l'absence d'intention de discrimination dans

²¹⁰ *D.H. et autres c/ République tchèque*, Gr. Ch., préc., § 204 ; sur la question de la renonciation aux droits, voir notamment P. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés – La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant/Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 752

²¹¹ *D.H. et autres c/ République tchèque*, Gr. Ch., préc., § 204

²¹² *Orsus et autres c/ Croatie*, Gr. Ch., préc., § 157.

²¹³ *D.H. c/ République tchèque*, gr. ch., préc., § 184.

²¹⁴ Voir F. Sudre, « Rapport introductif », préc., p. 19 : Le Professeur Sudre note avec regret que la Cour européenne paraît limiter le renversement de la charge probatoire aux domaines de l'éducation, des prestations de service et de l'emploi au lieu d'affirmer que la discrimination indirecte n'est pas conditionnée à une intentionnalité, quelque soit le domaine.

l'organisation de la scolarité des enfants roms. Le critère d'intentionnalité était exigé par la Cour dans un premier temps²¹⁵. Ce qui a donc amené la Chambre dans l'affaire *D.H. c/ République tchèque*, à ne pas condamner la République tchèque car le Gouvernement avait réussi à prouver son absence d'intention malveillante²¹⁶. La Grande Chambre estime au contraire que « lorsque pareil effet discriminatoire d'une législation a été démontré, il n'est pas nécessaire, dans le domaine de l'éducation comme dans les domaines de la prestation d'autres services ou de l'emploi, de prouver que les autorités concernées étaient animées d'une intention de discriminer »²¹⁷.

70 Constatation de l'incohérence. Dans l'arrêt *Sampanis et autres c/ Grèce*, la Cour européenne constate une certaine incohérence quant aux critères qui d'après le Gouvernement étaient censés régir la sélection des élèves à affecter à des classes préparatoires²¹⁸. Tout d'abord, la politique éducative grecque visait à placer des enfants roms dans des classes distinctes en raison de leur âge, puis en raison du manque de place dans le bâtiment principal de l'école et finalement, en raison de leur origine rom « en vue d'assurer leur adaptation à l'environnement scolaire »²¹⁹. Dans le même sens, dans l'affaire *Orsus*, le juge européen constate une incohérence dans les explications du Gouvernement quant à l'application des mesures. Ainsi, la Cour relève que certains requérants avaient été tout d'abord placés dans une classe mixte, avant d'être transférés, au bout de deux ans, dans une classe réservée aux Roms en raison d'une maîtrise insuffisante de la langue²²⁰, le manque de structure pour les accueillir à l'époque des faits n'étant pas justifiable²²¹. Elle constate également une incohérence dans la justification du programme scolaire des enfants roms. Contrairement au Gouvernement qui soutenait que le programme suivi dans les classes réservées aux Roms était identique à celui enseigné dans toutes les autres classes du même niveau et que toutes

²¹⁵ *D.H. et autres c/ République tchèque*, arrêt de chambre, préc., § 48 : La Cour estimait que « le Gouvernement a [...] réussi à prouver que le système des écoles spéciales en République tchèque ne vise pas à accueillir uniquement des enfants roms ».

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *D.H. c/ République tchèque*, Gr. Ch., préc., § 194.

²¹⁸ *Sampanis et autres c/ Grèce*, préc., § 88.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Orsus et autres c/ Grèce*, Gr. Ch., préc., § 161.

²²¹ *Ibid.*, § 162.

les matières étaient enseignées en croate²²², la Cour estime qu'en raison du programme identique, il n'y avait aucune raison de les placer dans des classes séparées²²³.

B. L'imposition des obligations positives à la charge des Etats

71 Nécessité d'imposer des mesures positives. Constatant l'existence d'une discrimination indirecte dans l'organisation de la scolarisation des enfants roms, la Cour s'immisce dans la politique éducative des Etats et c'est ainsi qu'elle leur impose des obligations positives pour aider les enfants roms dans le domaine scolaire. En faisant référence aux observations générales des recommandations de l'Assemblée parlementaire²²⁴, la Cour estime dans l'arrêt *Orsus et autres c/ Croatie* du 16 mars 2010²²⁵, que « du fait de leur histoire, les Roms constituent un type particulier de minorité défavorisée et vulnérable » pour considérer qu'« ils ont dès lors besoin d'une protection spéciale »²²⁶. C'est pourquoi elle estime que « la vulnérabilité des Roms/Tsiganes implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire considéré que lors de la prise de décision dans des cas particuliers »²²⁷ et que « cette protection s'étend également au domaine de l'éducation »²²⁸. Si la Cour considère que le placement temporaire d'enfant dans une classe séparée « n'est pas en soi automatiquement contraire à l'article 14 de la Convention »²²⁹ car « on pourrait dire que, dans certaines circonstances, pareil placement vise le but légitime d'adapter le système éducatif aux besoins particuliers des enfants »²³⁰, elle insiste sur le fait que « lorsqu'une telle mesure touche les membres d'un groupe ethnique spécifique de manière disproportionnée voire, comme en l'occurrence, exclusive, il faut que des garanties adaptées soient mises en place »²³¹.

72 Nature des mesures. La Cour européenne avait déjà admis la compatibilité avec la Convention d'une législation « positive » accordant un traitement préférentiel à telle ou

²²² *Ibid.*, § 163.

²²³ *Ibid.*, § 164.

²²⁴ Voir les observations générales de la recommandation n° 1203 (1993) relative aux Tsiganes en Europe ; voir également les observations générales de la recommandation n° 1557 (2002) relative à la situation juridique des Roms en Europe.

²²⁵ *Orsus et autres c/ Croatie*, préc.

²²⁶ *Ibid.*, § 147.

²²⁷ *Orsus et autres c/ Croatie*, Gr. Ch., préc., § 148 ; voir également, *Chapman c / Royaume-Uni*, préc., § 96.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Orsus et autres c/ Croatie*, Gr. Ch., préc., § 157.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Ibid.*

telle catégorie de personnes²³². Ainsi, dans la perspective d'élargir la protection contre toute forme de discrimination, la Cour européenne a progressivement élargi sa conception de discrimination en se fondant sur différents principes d'égalité²³³. La différence de traitement est d'abord comprise, selon une conception formelle de l'égalité visant une simple identité de traitement, comme l'absence d'identité de traitement. Rejoignant la Cour de justice de l'Union européenne²³⁴, dans l'affaire *Thlimmenos c/ Grèce* du 6 avril 2000, la Cour européenne a considéré que l'article 14 n'interdisait pas à un Etat membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des « inégalités factuelles » entre eux²³⁵. L'adoption des mesures est même obligatoire car « il peut y avoir discrimination lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »²³⁶. La difficulté réside dans la nature des obligations à mettre en place par les Etats. La Cour semble exiger d'une part une obligation de mettre en place des garanties procédurales (1°) et d'autre part une obligation d'adopter les mesures de nature substantielle (2°).

1° L'obligation de mettre en place des garanties procédurales

73 Exigence. Sans évoquer l'existence de l'obligation positive à la charge des Etats, dans l'affaire *D.H. et autres c/ République tchèque* que la Cour exige de leur part une obligation de mettre en place des garanties procédurales entourant l'organisation de la scolarisation des enfants roms. Selon la Cour européenne, « chaque fois que les autorités nationales se voient reconnaître une marge d'appréciation susceptible de porter atteinte au respect d'un droit protégé par la Convention, il convient d'examiner les garanties procédurales dont dispose l'individu pour faire déterminer si l'Etat défendeur n'a pas fixé le cadre réglementaire en outrepassant les limites de son pouvoir discrétionnaire »²³⁷.

74 Garanties procédurales entourant la prise de décision. Dans l'affaire *D.H. et autres c/ République tchèque*, reconnaissant les efforts de la République tchèque qui, en

²³² F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 188, p. 296.

²³³ *GACEDH* n° 9.

²³⁴ CJCE, 17 juillet 1963, aff. 13.63, *Gouvernement de la République italienne c/ Commission*, Rec. p. 341.

²³⁵ *Thlimmenos c/ Grèce* du 6 avril 2000, req. n° 34369/97, § 44 : *RTD civ.*, 2000, 434, chron. J.-P. Marguénaud ; dans le même sens, voir *Stec et autres c/ Royaume-Uni* du 12 avril 2006, Gr. Ch., req. n° 65731/01, § 51 : *RDP*, 2007, 872, obs. H. Surrel.

²³⁶ *Thlimmenos c/ Grèce*, préc., § 44.

²³⁷ *D.H. et autres c/ République tchèque*, Gr. Ch., préc., § 206.

maintenant le système des écoles spéciales, cherchait à trouver une solution pour les enfants ayant des besoins éducatifs spécifiques, la Cour exprime son inquiétude quant au programme de niveau inférieur suivi par ces écoles et quant à la ségrégation engendrée par ce système²³⁸. Cette ségrégation scolaire était le résultat des tests qui n'étaient pas adaptés aux enfants roms et l'accord de leurs parents pour la poursuite des études dans une école spécialisée. C'est donc le processus de scolarisation des enfants roms qui a été reproché par la Cour du fait qu'il n'avait pas été entouré de garanties. Ainsi, l'idée est que, dans l'exercice de sa marge nationale d'appréciation, l'Etat doit respecter certaines garanties procédurales propres à assurer aux membres de la minorité, le respect de leurs droits substantiels²³⁹. En ce qui concerne des tests d'aptitude des enfants, la Cour européenne reproche au gouvernement défendeur qu'il aurait dû mettre en place des tests tenant compte de la spécificité des requérants²⁴⁰. La Cour fait référence à l'avis du comité consultatif de la Convention cadre²⁴¹ qui souligne la nécessité d'assurer que les tests réalisés soient « méthodiques, objectifs et approfondis »²⁴². Dans le même sens, la Cour estime nécessaire d'accorder des garanties procédurales entourant l'accueil du consentement parental. C'est pourquoi elle reproche aux autorités nationales de ne pas avoir pris des mesures supplémentaires en vue de s'assurer la réception par ces parents, tous les renseignements nécessaires pour faire un choix éclairé²⁴³.

75 Procédure de transfert et de suivi. L'obligation d'accorder les garanties procédurales s'étend également à la procédure de transfert et de suivi. Dans l'affaire *Orsus et autres c/ Croatie*, la Cour souligne que le placement des requérants dans des classes réservées aux Roms pouvait passer pour viser un but légitime que s'il avait pour finalité de permettre aux intéressés d'atteindre un niveau suffisant en croate et d'être transférés dans des classes mixtes lorsque ce niveau était atteint. Ainsi, en constatant l'absence de procédure de suivi imposée et transparente, en vue de transfert de classes

²³⁸ *Ibid.*, § 198.

²³⁹ E. Dubout, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? », préc.

²⁴⁰ *D.H. et autres c/ République tchèque*, Gr. Ch., préc., § 200 ; dans le même sens, *Orsus et autres c/ Croatie*, Gr. Ch., préc., § 159.

²⁴¹ L'avis sur la République tchèque du comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, rendu public le 25 janvier 2002, voir *D.H. et autres c/ République tchèque*, Gr. Ch., préc., § 68.

²⁴² *D.H. et autres c/ République tchèque*, Gr. Ch., préc., § 200.

²⁴³ *Ibid.*, § 203.

réservées vers des classes mixtes, la Cour estime donc que le système de placement des élèves dans des classes réservées était discriminatoire. Selon elle, des rapports individuels devaient être établis pour chacun d'eux au sujet de leurs progrès dans l'apprentissage du croate²⁴⁴. La Cour européenne pose ainsi, à la charge des autorités nationales, une véritable obligation d'évaluation et de suivi individualisé des élèves. L'intérêt porté à la situation individuelle et particulière des requérants fait que l'approche de la Cour sur des justifications nationales « se fait particulièrement intrusive »²⁴⁵.

2° L'obligation d'adopter des mesures de nature substantielle

76 Discrimination positive. Quand la Cour estime qu'« il peut y avoir discrimination lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »²⁴⁶, la doctrine²⁴⁷ se demande si la jurisprudence *Thlimmenos c/ Grèce* n'ouvre pas la voie à la discrimination positive²⁴⁸. Celle-ci peut être définie comme « la différenciation juridique de traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistant entre elles »²⁴⁹. L'idée est de prendre en compte des critères dont le principe de non-discrimination prohibe. Mais ces critères, habituellement et traditionnellement utilisés pour marginaliser et exclure, sont ici placés au fondement d'une politique d'intégration²⁵⁰. On a déjà vu l'idée de la protection positive de la minorité rom apparue chez les juges dissidents qui, dans l'arrêt *Buckley* du 25 septembre 1996, voyait la possibilité d'octroyer des mesures positives en faveur des minorités. Ainsi, les juges Löhmus et Pettiti exprimaient la nécessité de prévoir des

²⁴⁴ *Orsus et autres c/ Croatie*, Gr. Ch., préc., § 175.

²⁴⁵ E. Dubout, « La Cour européenne des droits de l'homme et la justice sociale – à propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », préc.

²⁴⁶ *Thlimmenos c/ Grèce*, préc., § 44.

²⁴⁷ *GACEDH*, n° 9 ; E. Dubout, « La Cour européenne des droits de l'homme et la justice sociale – à propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », préc. ; F. Sudre, « Rapport introductif », préc., p. 17.

²⁴⁸ Le terme d'« action positive » paraît parfois préférable à celui de « discrimination positive », voir sur ce point, D. Loschak, « Réflexion sur la notion de discrimination », *D. social*, 1987, p. 778 : Selon l'auteur, c'est la différenciation qui est positive et non la discrimination.

²⁴⁹ F. Melin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997, p. 206.

²⁵⁰ G. Calvès, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 2^e éd., 2008.

mesures de nature positive en faveur de la minorité tzigane. L'opinion du juge Pettiti, invoquant le terme de la discrimination positive, est particulièrement intéressant. Selon lui, « [...] la seule discrimination acceptable au titre de l'article 14 est la discrimination positive, celle qui implique que pour parvenir à l'égalité des droits par l'égalité des chances, on est conduit dans certains cas à accorder plus de droits aux populations les plus déshéritées, telles celles du quart monde et les communautés tzigane ou yénische ».

77 Mise en place des mesures de nature substantielle. Refusé de tirer les conséquences de l'obligation positive dans l'affaire *Thlimmenos* et de mettre à la charge de l'Etat une obligation d'adopter des mesures de discrimination « positive » dans l'exercice du droit des membres de la minorité tzigane, la Cour marque une évolution dans l'arrêt *Orsus et autres c/ Croatie*. Elle considère d'une part que l'Etat avait « l'obligation de prendre des mesures positives de nature à aider les requérants à acquérir les compétences linguistiques nécessaires dans le délai le plus court possible »²⁵¹ et d'autre part, que le taux élevé d'absentéisme et d'abandon scolaire chez les enfants roms « appelait à mettre en place des mesures positives afin de sensibiliser la population rom à l'importance de l'éducation et d'aider les requérants à surmonter leurs difficultés »²⁵². Ainsi, la Cour européenne « consolide la protection conventionnelle accordée aux minorités et confirme l'évolution du principe de non-discrimination vers la garantie d'une égalité matérielle »²⁵³. Le constat de la violation de la Convention dans le cas d'espèce avait pour causes l'absence de mesures d'apprentissage de la langue et l'absence de mesures de soutien de la population rom. Ce qui veut dire que la condamnation de la Cour a été fondée sur l'absence d'un traitement plus favorable pour les enfants roms et non pas, comme dans l'affaire *D.H. et autres*, sur l'existence d'un traitement moins favorable.

78 Egalité des chances. Il semble ainsi que la Cour européenne, pour garantir l'égalité matérielle dans l'accès à l'instruction des enfants roms, opte pour la réalisation de l'égalité des chances, et non pas l'égalité des résultats²⁵⁴. Selon Edouard Dubout, l'imposition aux Etats membres, par la Cour européenne, une égalité des résultats dans l'accès à l'instruction comme par exemple imposer un quota d'enfants roms dans les écoles « normales » paraît impossible car le rôle de la Cour n'est pas de statuer *in*

²⁵¹ *Orsus et autres c/ Croatie*, préc., § 165.

²⁵² *Ibid.*, § 177.

²⁵³ *JCP G* 2010, n° 14, p. 718, obs. C. Picheral. ; dans le même sens, *GACEDH* n° 9.

²⁵⁴ E. Dubout, « Vers une protection de l'égalité « collective » par la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2006, n° 68.

abstracto sur la situation générale des enfants roms dans un tel ou tel pays. De plus, « la définition et l'aménagement du programme des études » relèvent en principe de la compétence des Etats membres car il s'agit d'un problème d'opportunité. Il s'agit ici de soutenir les enfants temporairement « pour que les requérants acquièrent rapidement une maîtrise suffisante du croate »²⁵⁵ pour qu'ils puissent ensuite suivre les cours dans les classes dites « normales ». Cette solution est raisonnable car, en accordant une égalité des chances, les plus méritants d'un group qui a « structurellement moins de chances » peuvent poursuivre les études dans les classes « normales » leur permettant de s'intégrer. Au contraire, soutenir la réalisation de l'égalité de résultat, comme par exemple accorder un quota des enfants roms dans des classes normales peut être considéré comme accorder plus de chances à des membres d'un groups au détriment d'un autre. Dans le cas d'espèce, on peut penser que l'intégration des enfants ayant une difficulté d'apprentissage (en raison de la maîtrise de la langue) dans une classe normale peut retarder le progrès des enfants roms/non roms dans cette classe. Les juges dissidents soulignent la difficulté sur ce point²⁵⁶.

79 Difficulté. Toutefois, cette obligation sera difficile à respecter par les Etats comme souligne les juges dissidents car « les autorités de l'Etat se sont donc trouvées confrontées à l'obligation d'assurer une répartition équitable des ressources disponibles entre deux groups d'élèves »²⁵⁷. La Cour elle-même considère dans l'affaire *Ponomyovi c/ Bulgarie*²⁵⁸ que « l'enseignement est un service complexe à organiser et onéreux à gérer » et « l'Etat doit ménager un équilibre entre, d'une part, les besoins éducatifs des personnes relevant de sa juridiction et, d'autre part, sa capacité limitée à y répondre ». L'on peut penser que l'obligation d'organiser des cours de langues et l'obligation d'organiser des cours de soutien requièrent plus de budget étatique en faveur des enfants roms et donc au détriment des autres enfants. Sur ce point la Cour européenne devra faire attention « afin de ne pas substituer sa propre appréciation de la

²⁵⁵ *Orsus et autres c/ Croatie*, préc., § 145.

²⁵⁶ Voir § 9 de l'opinion : Selon les juges dissidents, la mise en balance des intérêts doit être faite entre « d'une part, l'intérêt des requérants et des autres enfants roms ne parlant pas le croate à acquérir le plus rapidement possible une bonne maîtrise linguistique pour être en mesure de suivre les cours dispensés dans cette langue et, d'autre part, l'intérêt des élèves, tant croates que roms, parlant croate à ne pas être trop retardés dans leurs études en raison des insuffisances linguistiques d'un très grands nombre d'autres élèves ».

²⁵⁷ § 9 de l'opinion.

²⁵⁸ *Ponomyovi c/ Bulgarie*, préc., § 55.

justice sociale fondée sur les besoins à celles des autorités nationales : tel n'est pas son rôle »²⁵⁹.

Section 2 : La diffusion des connaissances

80 Obligation de respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents.

La protection du droit de l'enfant à l'instruction se passe également par le respect du droit des parents, en ce qui concerne la diffusion des connaissances. Ainsi, la deuxième phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 de la Convention fait peser à la charge de l'Etat, « dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement », une obligation de respecter « le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ». La Cour européenne a estimé dans l'arrêt fondateur en la matière *Kjeldsen et autres c/ Danemark* du 7 décembre 1976²⁶⁰ que le fondement de l'obligation de respecter des convictions religieuses et philosophiques des parents résidait dans le « devoir naturel » des parents envers leurs enfants. Selon elle, « c'est en s'acquittant d'un devoir naturel envers les enfants, dont il leur incombe en priorité d' "assurer [l'] éducation et [l'] enseignement", que les parents peuvent exiger de l'Etat le respect de leurs convictions religieuses et philosophiques »²⁶¹.

81 Contrôle européen. Toutefois, La Cour européenne reconnaît que la définition et l'aménagement des programmes « relèvent en principe de la compétence des Etats contractants » car il s'agit d' « un problème d'opportunité sur lequel la Cour n'a pas à se prononcer et dont la solution peut légitimement varier selon les pays et les époques »²⁶². Ainsi, si la Cour pose comme principe le respect des convictions religieuses et philosophiques des parents (§ 1), ce principe comporte également des limites (§ 2).

²⁵⁹ Pour le développement sur ce point, voir E. Dubout, « La Cour européenne des droits de l'homme et la justice sociale – à propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », préc.

²⁶⁰ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc.

²⁶¹ *Ibid.*, § 52.

²⁶² *Valsamis c/ Grèce* du 18 décembre 1996, § 28 : *AJDA* 1996, n° 5, p. 376, obs. J.-F. Flauss ; *JDI* 1997, n° 1, p. 270, obs. E. Decaux ; *LPA* 1997, n° 64, p. 33, obs. G. Gonzalez ; *Folgero et autres c/ Norvège* du 29 juin 2007, req. n° 15472/02, § 84 g) : *RTDH* 2008, p. 251, obs. G. Gonzalez ; *JDI* 2008, n° 3, chron. 5, p. 820, obs. S. Millan.

§ 1 : Le principe du droit au respect des convictions religieuses et philosophiques des parents

82 Fondement. Selon la Cour européenne, « les dispositions de la Convention et du Protocole doivent être envisagées comme un tout »²⁶³ et « il faut lire les deux phrases de l'article 2 à la lumière non seulement l'un de l'autre, mais aussi, notamment, des articles 8, 9 et 10 [...] qui proclament le droit de toute personne, y compris les parents et les enfants, « au respect de sa vie privée et familiale », à « la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées »²⁶⁴. Par conséquent, des mesures prises dans le domaine de l'enseignement pourraient constituer une ingérence dans l'exercice de ces droits, en même temps qu'elles ne respecteraient pas les convictions religieuses et philosophiques des parents²⁶⁵. Lorsque la Cour européenne examine les griefs des parents concernant le droit au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques, elle choisit de se placer uniquement sous l'angle de la deuxième phrase de l'article 2 du Protocole n° 1. Par exemple, dans l'affaire *Folgero c/ Norvège*, la Cour estime que le grief tiré par les parents de l'article 9 de la Convention et de l'article 2 du Protocole n° 1 doit être examiné sous l'angle de cette dernière disposition, qui est la *lex specialis* en matière d'éducation²⁶⁶. Dans l'affaire *Lautsi c/ Italie*, en examinant l'affaire sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 1, la Cour considère qu'aucune question distincte ne se pose sur le terrain de l'article 9²⁶⁷.

83 Protection des droits des minorités. Le respect de ce droit est très important selon la Cour européenne, notamment lorsqu'il s'agit de protéger le droit des minorités. Ainsi, elle souligne que « bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante »²⁶⁸. Après avoir déterminé les convictions à respecter (A.), la Cour européenne précise le cadre de la mise en œuvre de l'obligation de respecter des convictions des parents (B.).

²⁶³ L'Affaire « linguistique belge », préc.

²⁶⁴ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 52.

²⁶⁵ P.-M. Dupuy et L. Boisson de Charzoune, « Article 2 du Protocole n° 1 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^e éd., 1999, p. 999.

²⁶⁶ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 54.

²⁶⁷ *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., § 77.

²⁶⁸ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 84 f).

A. Les convictions à respecter

84 Risque d'acceptation trop extensive. S'interrogeant sur la définition du terme « convictions religieuses et philosophiques », la Cour européenne a été amenée à préciser cette notion face aux risques d'acceptation trop extensive que craignait une partie de la doctrine²⁶⁹. Le problème en ce domaine, selon la Cour européenne, est qu'« il paraît en effet très difficile que nombre de disciplines enseignées à l'école n'aient pas de près ou de loin une coloration ou incidence de caractère philosophique. Il en va de même du caractère religieux si l'on tient compte de l'existence de religions formant un ensemble dogmatique et moral très vaste qui a ou peut avoir des réponses à toute question d'ordre philosophique, cosmologique ou éthique »²⁷⁰. Dans ces conditions, la Cour européenne n'entend pas protéger toutes les convictions et elle estime que « considéré isolément, et dans son acceptation ordinaire, le mot “convictions” n'est pas synonyme des termes “opinion” et “idées” tels que les emploie l'article 10 de la Convention qui garantit la liberté d'expression ; on le retrouve dans la version française de l'article 9 (en anglais “beliefs”), qui consacre la liberté de pensée, de conscience et de religion »²⁷¹. Selon elle, le terme de convictions doit seulement s'appliquer « à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance »²⁷².

85 Convictions philosophiques. La Cour européenne précise que « eu égard à la Convention toute entière, y compris l'article 17, l'expression “convictions philosophiques” vise, aux yeux de la Cour, des convictions qui méritent le respect dans une “société démocratique” [...], [et qui] ne sont pas incompatibles avec la dignité de la personne et, de plus, ne vont pas à l'encontre du droit fondamental de l'enfant à l'instruction »²⁷³. Concrètement, c'est le cas pour les opinions relatives aux punitions

²⁶⁹ L. Wildhaber, « Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ? », *Actes du IVe Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme* (Rome, 1975), Conseil de l'Europe, 1976, p. 160 : Selon l'auteur, une acceptation trop extensive du terme « philosophique » dénaturerait l'esprit de l'article 2 du Protocole n° 1 et conduirait à ce que « les végétariens, polygames, nudistes, scientistes chrétiens, communistes et fascistes demand[ent] à être dispensés de diverses parties d'enseignement ; les anti-darwiniens seraient en droit de demander à être dispensés des cours de biologies, les pacifistes des cours d'histoire ayant trait à la guerre », etc.

²⁷⁰ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 53.

²⁷¹ *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni* du 25 février 1982, req. n° 7511/76 et 7743/76, § 36 : *JDI* 1985, 191 ; *RUDH* 1990, p. 217.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *Ibid.*

disciplinaires corporelles²⁷⁴ qui, portant sur « un aspect grave et important de la vie de l'homme », à savoir « l'intégrité de la personne, la légitimité ou illégitimité d'infliger des punitions corporelles et l'exclusion de l'angoisse que suscite pareil traitement », diffèrent « des idées que l'on pourrait professer sur d'autres méthodes de discipline ou sur la discipline en général »²⁷⁵. La jurisprudence se montre assez souple²⁷⁶. La Commission a considéré que les théories éducatives de parents d'enfants dyslexiques hostiles à « l'autoritarisme et aux sanctions corporelles ayant cours dans le système scolaire étatique » avaient un caractère philosophique²⁷⁷. La Cour européenne semble désormais examiner les faits d'espèce « sans jamais s'interroger sur le degré de « sérieux, de cohérence et d'importance », car d'une façon générale, il y a une présomption de « sérieux, de cohérence et d'importance » des convictions des parents logiquement attachée au respect de leur autorité au sein de la famille et la Cour ne s'attarde que rarement sur cette évaluation²⁷⁸. Dans l'affaire *Folgero*, la Cour a simplement évoqué le fait que les parents étaient « membres de l'Association humaniste norvégienne »²⁷⁹. Elle a également considéré dans l'affaire *Lautsi* que les partisans de la laïcité étaient en mesure de se prévaloir de vues atteignant le « degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance » requis pour qu'il s'agisse de « conviction » au sens des article 9 de la Convention et 2 du Protocole n°1²⁸⁰.

86 Le choix de la langue d'enseignement. La Cour a examiné de manière plus précise la question portant sur le choix de la langue d'enseignement. Ainsi, elle a estimé dans l'affaire « *linguistique belge* » que les préférences linguistiques des parents n'étaient pas protégées par la clause du respect des convictions de l'article 2 du Protocole n° 1. Selon elle, « interpréter les termes “religieuses” et “philosophiques” comme ouvrant les

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ Le Juge Evans, dans son opinion dissidente, fait remarquer qu'un tel raisonnement peut mener fort loin : « Sur des problèmes comme la séparation des sexes, le groupement des élèves selon leurs capacités ou l'existence d'écoles libres, il peut exister des convictions très arrêtées qui, pourrait-on affirmer, ont un fondement religieux ou philosophique ». Selon lui, « par exemple, la thèse favorable à l'abolition des écoles privées pourrait passer pour une conviction philosophique auprès des adeptes de l'égalitarisme ».

²⁷⁶ Voir *GACEDH* n° 58, p. 637 ; G. Gonzalez, « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2010, p. 1003.

²⁷⁷ Commission, *Famille H. c/ Royaume-Uni* du 6 mars 1984, *DR*, 37, 105.

²⁷⁸ G. Gonzalez, « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse », *RTDH* 2008, p. 251.

²⁷⁹ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 7.

²⁸⁰ *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., § 58.

préférences linguistiques équivaldrait à en détourner le sens ordinaire et habituel et à faire dire à la Convention ce qu'elle ne dit pas »²⁸¹.

87 Convictions religieuses. La notion de « convictions religieuses » ne pose pas vraiment de problème de définition car la Cour semble faire bénéficier d'une présomption de « sérieux, de cohérence et d'importance » à ces convictions. Dans l'arrêt *Valsamis et autres c/ Grèce* par exemple, les parents invoquaient le droit au respect de leur conviction religieuse en tant que Témoins de Jéhovah²⁸². Sans chercher à vérifier le degré de « sérieux, de cohérence et d'importance » de la conviction de ceux-ci, la Cour européenne reprend sa jurisprudence *Kokkinaki c/ Grèce* du 25 mai 1993²⁸³ concernant les condamnations répétées du requérant pour prosélytisme en raison de son action comme Témoin de Jéhovah pour relever que « [...] les Témoins de Jéhovah bénéficient tant du statut de "religion connue" que des avantages qui en découlent quant à l'accomplissement des rites. M. et Mme Valsamis pouvaient ainsi se prévaloir du droit au respect de leurs convictions religieuses au sens de la deuxième phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 »²⁸⁴. Dans le même sens, la Cour estime dans l'affaire *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie* du 9 octobre 2007 que la confession des alévis, qui est un courant religieux minoritaire au sein de la religion dominante en Turquie, constitue une conviction religieuse profondément enracinée dans la société et l'histoire turque, et qu'elle présente des particularités qui lui sont propres²⁸⁵. Ainsi la Cour estime qu'il ne s'agit certainement ni d'une secte ni d'une « conviction » n'atteignant pas un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance²⁸⁶. Les termes utilisés (« certainement ») montrent que cette incise ne renverse pas la présomption de « sérieux et de cohérence » des croyances ou convictions de parents, et il faudrait de très graves motifs (maltraitance, croyances assorties de pratiques mettant en danger la vie de l'enfant) pour renverser cette présomption²⁸⁷. En s'affirmant ainsi, « la Cour ne semble

²⁸¹ *L'Affaire « linguistique belge »*, préc., p. 29, § 6.

²⁸² *Valsamis c/ Grèce*, préc.

²⁸³ *Kokkinakis c/ Grèce* du 25 mai 1993, série A, n° 260-A : *GACEDH* n° 56 ; *RUDH* 1993, 223, chron. M. Levinet ; *AJDA* 1994, 31, chron. J.-F. Flauss ; *RTDH* 1994, 144, note F. Rigaux ; *RFDA* 1995, 573, note H. Surrel.

²⁸⁴ *Valsamis c/ Grèce*, préc., § 26.

²⁸⁵ *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie* du 9 octobre 2007, req. n° 1448/04, § 66.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ G. Gonzalez, « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse », préc.

pourtant pas faire une hiérarchisation entre l'objection fondée sur des convictions philosophiques et celle fondée sur des convictions religieuses »²⁸⁸.

B. Le cadre de la mise en œuvre de l'obligation de respecter des convictions des parents

88 Choix des établissements d'enseignement. La Cour européenne estime dans l'affaire *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark* que l'obligation de respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents se traduit par la possibilité pour eux de placer leurs enfants dans des établissements privés d'enseignement ou de les instruire ou de les faire instruire à domicile, « sauf à subir les sacrifices et inconvénients qu'entraîne le recours à l'une de ces solutions de rechange »²⁸⁹. Selon la Cour européenne, l'enseignement privé participe à la réalisation effective du droit à l'instruction puisque « la première phrase ne distingue pas plus que la seconde entre l'enseignement public et l'enseignement privé »²⁹⁰. C'est pourquoi, naturellement, le principe du respect des convictions des parents s'impose à tous les secteurs du système éducatif qu'ils soient publics ou privés²⁹¹. Toutefois, l'étendue de l'obligation de respect des convictions religieuses et philosophiques des parents n'est pas la même dans les établissements d'enseignement privés (1°) et dans les établissements publics (2°).

1° Le respect des convictions religieuses et philosophiques des parents dans les établissements d'enseignement privés

89 Liberté des parents. Estimant que l'obligation de respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents se traduit par la possibilité pour eux de placer leurs enfants dans des établissements privés d'enseignement ou de les instruire ou de les faire instruire à domicile²⁹², la jurisprudence de la Cour européenne est en accord avec l'article 13 § 3 et § 4 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC). Cet dernier article dispose que les parents, – pour faire assurer l'éducation religieuse et moral de leurs enfants, conformément à leurs propres convictions –, ont la liberté de choisir pour eux « des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 54.

²⁹⁰ *Ibid.*, § 50.

²⁹¹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 331, p. 600.

²⁹² *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 54.

approuvées par l'Etat en matière d'éducation» ou même « de créer et de diriger des établissements d'enseignement ».

90 Contrôle réduit. Lorsque les parents choisissent de placer leurs enfants dans des établissements privés, qui sont souvent confessionnels, le contrôle de l'Etat est réduit au minimum. Ainsi, pour respecter les convictions des parents qui placent leurs enfants dans ces établissements, l'Etat doit laisser les établissements privés libres de leur choix dans l'organisation de l'enseignement religieux et philosophiques tout en imposant le respect de certaines conditions minimales pouvant porter, par exemple, sur la qualification des professeurs, l'obligation d'enseigner certaines matières ou encore l'organisation interne de l'établissement²⁹³. Dans l'affaire *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni* du 23 mars 1993²⁹⁴, la Cour européenne a eu l'occasion d'examiner la question concernant des châtiments corporels considérés comme une sanction disciplinaire dans une école privée au Royaume-Uni. Dans cet arrêt, la Cour n'a constaté aucune violation des articles 3 et 8 et l'affaire n'a pas été étudiée sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 1. Mais elle a considéré tout de même, en invoquant l'article 2 du Protocole n° 1, que « les fonctions touchant à l'administration interne d'une école, par exemple la discipline, ne sauraient passer pour accessoires au processus éducatif »²⁹⁵.

91 Instruction à domicile. Estimant que l'article 2 du Protocole n° 1 implique la possibilité pour les parents d'instruire leurs enfants ou de les faire instruire à domicile, « sauf à subir les sacrifices et inconvénients qu'entraîne le recours à l'une de ces solutions de rechange »²⁹⁶, la Cour européenne admet que l'Etat a le droit de contrôler et d'apprécier si l'instruction donnée par les parents à leurs enfants, est conforme aux normes éducatives minimales qu'ils auraient édictées. En effet, « l'article 2 ne garantit pas aux parents le droit absolu d'assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions philosophiques mais le droit au respect de ces convictions »²⁹⁷. C'est

²⁹³ P.-M. Dupuy et L. Boisson de Charzounes, « Article 2 du Protocole n° 1 », préc., p. 999.

²⁹⁴ *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni* du 23 mars 1993, req. n° 13134/87 : *AJDA* 1993, n° 6, p. 483, obs. J-F. Flauss.

²⁹⁵ *Ibid.*, § 27.

²⁹⁶ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 54.

²⁹⁷ *Commission, Famille H. c/ Royaume-Uni*, préc. ; *Graeme c/ Royaume-Uni* du 5 février 1990, DR 64, 158.

pourquoi l'Etat peut imposer aux parents d'enfants dyslexiques préférant instruire leurs enfants à domicile, le respect d'un certain niveau d'écriture, de lecture et de calcul²⁹⁸.

2° Le respect des convictions religieuses et philosophiques des parents dans les établissements d'enseignement publics

92 Contrôle exigeant. L'obligation de l'Etat de respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents s'applique dans l'ensemble des établissements d'enseignement tant public que privé. Mais selon la Cour européenne, ce principe implique surtout, « en raison du poids de l'Etat moderne », que l'enseignement public respecte cette exigence de pluralisme²⁹⁹. La Cour européenne est très exigeante lorsqu'il s'agit de faire respecter les convictions des parents dans ces établissements. La possibilité pour les parents de faire instruire leurs enfants dans des écoles privées, même fortement subventionnées par l'Etat, « ne saurait dispenser l'Etat de son obligation de garantir le pluralisme dans les écoles publiques qui sont ouvertes à tous »³⁰⁰.

93 Extension du contrôle. Ainsi, la Cour européenne estime que « c'est dans l'ensemble du programme de l'enseignement public que l'article 2 du Protocole n° 1 prescrit à l'Etat de respecter les convictions tant religieuses que philosophiques des parents. Ce devoir est d'application large car il vaut pour le contenu de l'instruction et la manière de la dispenser mais aussi dans l'exercice des “fonctions” assumées par l'Etat »³⁰¹. La position de la Cour est confortée par le Comité des droits de l'enfant qui a affirmé dans son observation générale que le droit à l'éducation se réfère « non seulement au contenu des programmes scolaires, mais également au processus d'éducation, aux méthodes pédagogiques et au milieu dans lequel l'éducation est dispensée, qu'il s'agisse de la maison, de l'école ou d'un autre cadre »³⁰². Le Comité onusien estime également que « le milieu scolaire lui-même doit [...] être le lieu où s'expriment la liberté et l'esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié et tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux »³⁰³.

94 Le contenu des programmes scolaires. La Cour européenne admet que l'opposition des parents au nom du respect de leurs convictions religieuses et philosophiques, peut

²⁹⁸ Commission, *Famille H. c/ Royaume-Uni*, préc.

²⁹⁹ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 50.

³⁰⁰ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 101.

³⁰¹ *Valsamis c/ Grèce*, préc., § 27.

³⁰² Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 1 du 4 avril 2001, « Les buts de l'éducation », § 8.

³⁰³ *Ibid.*, § 19.

tout d'abord viser le contenu des programmes scolaires comme par exemple, des cours d'éducation sexuelle³⁰⁴, des cours d'éthiques³⁰⁵ ou des cours relatifs à la religion³⁰⁶. L'opposition des parents peut porter sur la manière de dispenser l'instruction car selon la Cour, « l'éducation des enfants est la somme des procédés par lesquels, dans toute société, les adultes tentent d'inculquer aux plus jeunes leurs croyances, coutumes et autres valeurs, tandis que l'enseignement ou l'instruction visent notamment la transmission des connaissances et la formation intellectuelle »³⁰⁷. C'est pourquoi la Cour peut être amenée à se prononcer sur le problème des châtiments corporels sous l'angle du droit à l'instruction. Dans l'affaire *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni* du 25 février 1982, le contrôle de la Cour se justifie par le fait que les châtiments corporels relève de l'administration interne de l'école mais en même temps « l'application de sanctions disciplinaires est l'un des procédés par lesquels l'école s'efforce d'atteindre le but dans lequel on l'a créée, y compris le développement et le façonnement du caractère et de l'esprit des élèves »³⁰⁸. La position de la Cour européenne est confortée par la Convention internationale des droits de l'enfant qui reconnaît dans son article 28 ayant trait au « droit de l'enfant à l'éducation » que « les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention ».

95 Activités éducatives et environnement scolaire. L'opposition des parents peut porter également sur des activités éducatives décidées par les établissements comme l'obligation de participer à un défilé scolaire organisé à l'occasion de la fête nationale³⁰⁹. Dans l'affaire *Valsamis c/ Grèce* du 18 décembre 1996, arguant de leurs convictions religieuses, les parents, Témoins de Jéhovah, s'étaient opposés à ce que leurs filles se joignent à la commémoration de la date du 28 octobre 1940, jour de la déclaration de guerre de l'Italie fasciste à la Grèce. Devant le juge européen, ils contestaient l'exclusion temporaire consécutive au refus de leur demande. Pour la Cour,

³⁰⁴ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc. ; *Jimenez Alonzo et Jimenez Merino c/ Espagne* du 25 mai 2000, req. n° 51188/99.

³⁰⁵ *Appel-Irrgang et autres c/ Allemagne* du 6 octobre 2009, req. n° 45216/07.

³⁰⁶ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc. ; *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc.

³⁰⁷ *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni* du 25 février 1982, req. n° 7511/76 et 7743/76 : *JDI* 1985, 191 ; *RUDH* 1990, p. 217.

³⁰⁸ *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni*, préc., § 33 ; *Leyla Sahin c/ Turquie*, préc., §156.

³⁰⁹ *Valsamis c/ Grèce*, préc.

quand se trouve en jeu la célébration d'évènements qui « servent, à leur manière, des objectifs à la fois pacifistes et l'intérêt public », l'obligation critiquée n'empêche pas les parents de remplir pleinement leur mission d'éducateurs en conseillant leurs enfants. Il ne lui appartient donc pas à exercer un contrôle d'opportunité consistant à rechercher et préciser des méthodes éducatives plus adaptées au but poursuivi de la protection de la mémoire historique auprès des jeunes générations³¹⁰. L'environnement scolaire entre également dans le domaine de protection. La question a été débattue dans l'affaire *Lautsi c/ Italie* du 18 mars 2011³¹¹ portant sur le problème de la présence de crucifix dans les salles de classes des écoles publiques italiennes. Selon la Cour européenne, l'obligation de l'Etat intéresse « l'aménagement de l'environnement scolaire lorsque le droit interne prévoit que cette fonction incombe aux autorités publiques »³¹².

§ 2 : Les limites du droit au respect des convictions religieuses et philosophiques des parents

96 Absence de droit absolu au respect des convictions. Dans l'affaire *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, la Cour insiste sur l'interdépendance du droit fondamental à l'instruction et du droit au respect des convictions des parents, deux droits visés par l'article 2 du Protocole n° 1. Selon elle, « la seconde phrase de l'article 2 doit se lire en combinaison avec la première qui consacre le droit de chacun à l'instruction » et « c'est sur ce droit fondamental que se greffe le droit des parents au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques »³¹³. La Cour estime que l'article 2 du Protocole n° 1 « forme un tout que domine sa première phrase »³¹⁴ et elle précise que le droit en question ne garantit donc pas aux parents « le droit absolu d'assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions » mais le droit « au respect de ces convictions »³¹⁵. Les parents gardent tout de même le droit « d'éclairer et conseiller leurs enfants, d'exercer envers eux leurs fonctions naturelles d'éducateurs, de les orienter dans une direction conforme à leurs propres convictions religieuses ou philosophiques »³¹⁶.

³¹⁰ *Ibid.*, §§ 31 à 33.

³¹¹ Voir *Infra.*, n° 150 et s.

³¹² *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., § 63.

³¹³ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 50.

³¹⁴ *Ibid.*, § 52.

³¹⁵ Commission, *Famille H. c/ Royaume-Uni*, préc. ; *Graeme c/ Royaume-Uni*, préc.

³¹⁶ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 54.

97 Limites. La domination de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 sur la deuxième s'explique d'abord par le fait que le droit des parents est en quelque sorte subordonné au droit de l'enfant à l'instruction (A.) et surtout, par le fait que l'Etat conserve la maîtrise prioritaire dans l'organisation des programmes scolaires dans des établissements d'enseignement publics (B.).

A. La subordination du droit des parents au respect de leurs convictions au droit fondamental de l'enfant à l'instruction

98 Priorité du droit de l'enfant à l'instruction. Selon la Cour européenne, l'article 2 du Protocole n° 1 « forme un tout que domine sa première phrase »³¹⁷. Ainsi, la prise en considération des convictions des parents ne saurait remettre en cause la priorité du droit de l'enfant à l'instruction, rappelant que le droit des parents correspond « à une responsabilité étroitement liée à la jouissance et à l'exercice du droit à l'instruction »³¹⁸. Dans l'affaire *Leyla Sahin c/ Turquie* du 10 novembre 2005, la Cour souligne l'importance du droit à l'instruction dans une société démocratique car il est « indispensable à la réalisation des droits de l'homme »³¹⁹. Par conséquent, les convictions des parents ne peuvent être prises en compte que si elles « ne vont pas à l'encontre du droit fondamental de l'enfant à l'instruction »³²⁰. La Commission avait également décidé dans le même sens : « lorsqu'au lieu de le conforter, le droit des parents au respect des convictions religieuses entre en conflits avec le droit de l'enfant à l'instruction, les intérêts de l'enfant priment »³²¹.

99 Nécessité d'être informé des sujets importants. La subordination du droit des parents au respect de leurs convictions au droit fondamental de l'enfant à l'éducation signifie surtout que, malgré le désaccord de leurs parents, les enfants ont besoin d'être informés, de manière exacte, précise et objective, des sujets importants à leur formation³²². Dans l'affaire *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*³²³, la Cour

³¹⁷ *Ibid.*, § 52.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ *Leyla Sahin c/ Turquie*, préc., § 137.

³²⁰ *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni*, préc., § 36.

³²¹ Commission, *Neilsson c/ Suède* du 30 juin 1993, req. n° 17678/91 ; *Bernard et autres c/ Luxembourg* du 8 septembre 1993, DR 75, 57 : *AJDA*, 1994, 30 ; chron. J.-F. Flauss ; *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira c/ Luxembourg* du 27 avril 1999, req. n° 44888/98.

³²² Voir notamment, F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 331, p. 602 ; M. Levinet, « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2011, p. 481.

³²³ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc.

européenne a été saisie de la conventionnalité du programme d'enseignement sexuelle obligatoire dans les écoles publiques danoises. Elle a abouti à la conclusion que l'article 2 du Protocole n° 1 n'a pas été violé dans la mesure où l'instruction dispensée en la matière « tend au premier chef à mieux informer les élèves »³²⁴. Ainsi, elle valide la législation danoise en relevant que le cours d'éducation sexuelle litigieux visait à « alerter [les élèves] contre des phénomènes inquiétants [...] par exemple, la fréquence excessive des naissances hors mariage, des avortements provoqués et des maladies vénériennes »³²⁵. Cette lecture des finalités de l'éducation a été confirmée à plusieurs reprises dans la jurisprudence concernant la mise en place des programmes scolaires en rapports avec la religion³²⁶. Pour la Cour européenne, il est nécessaire pour les enfants d'avoir des connaissances des faits religieux³²⁷ et elle confirme que la Convention « ne renferme aucunement le droit pour les parents de laisser leurs enfants dans l'ignorance en matière de religion et de philosophie »³²⁸.

100 Dispense des cours. Le devoir de l'Etat de veiller à ce que les enfants puissent exercer leur droit à l'instruction, conduit également la Cour européenne à considérer dans l'affaire *Martin Casimiro et Cerveira Ferreira c/ Luxembourg* du 27 avril 1999³²⁹ que le refus de la demande de dispense des cours, n'était pas contraire à la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1. Ainsi, dans cette affaire, les parents membres de l'Eglise adventiste du 7^{ème} Jour ont introduit une demande afin que leur fils soit dispensé de fréquenter son établissement scolaire le samedi, conformément à la norme religieuse de leur culte, qui prescrit le repos absolu le samedi. A l'instar des autorités luxembourgeoises, la Cour européenne considère que la demande des parents ne pouvait pas être recueillie car la dispense sollicitée avait pour objet de soustraire l'enfant au rythme normal de la scolarité, le samedi étant un jour à part entière dans le programme d'enseignement. Elle observe que des dispenses ponctuelles étaient d'ailleurs possibles pour la célébration des rites religieux propres à certains cultes.

³²⁴ *Ibid.*, § 54.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ Voir M. Levinet, « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », préc., ; G. Gonzalez, « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse », préc. ; L.-A. Sicilianos, « La liberté de diffusion des convictions religieuses », in J.-F. Flauss (dir.), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2002, spec. p. 205.

³²⁷ Voir *Infra*, n° 134 sur la place de la religion dans le contenu de l'enseignement.

³²⁸ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 89 ; *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., § 63.

³²⁹ *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira c/ Luxembourg* du 27 avril 1999, req. n° 44888/98.

101 Restriction à l'accès aux cours. Dans le même sens, la Cour considère dans la décision d'irrecevabilité *Ciftci c/ Turquie* du 17 juin 2004³³⁰ que ne portait pas atteinte au droit à l'instruction, une réglementation exigeant la possession d'un diplôme d'enseignement primaire pour inscrire un enfant à une formation religieuse dans des cours coraniques. Pour la Cour européenne, la restriction en question visait « l'acquisition d'une certaine "maturité" par les mineurs désireux de poursuivre une formation religieuse dans des cours coraniques » et elle a précisé que loin de constituer une tentative d'endoctrinement, la condition posée par le législateur visait en fait à restreindre l'exercice d'un éventuel endoctrinement des mineurs se trouvant dans un âge où ils posent beaucoup de questions tout en étant facilement influençables par des cours coraniques³³¹.

102 Exclusion définitive de l'école publique. La jurisprudence de la Cour montre que la participation des établissements d'enseignement privés au droit à l'instruction et la possibilité d'instruire ou de faire instruire les enfants à domicile, permettent aujourd'hui de considérer que ne porte pas atteinte à la substance de ce droit une sanction disciplinaire d'exclusion définitive de l'école publique³³². Dans les six décisions d'irrecevabilité contre la France³³³ concernant l'exclusion d'élèves de leur établissement scolaire en raison de leur refus de retirer leurs signes ostensibles d'appartenance religieuse lors de l'ensemble des cours, la Cour européenne considère que la sanction de l'exclusion définitive d'un établissement scolaire public n'apparaissait pas disproportionnée car l'intéressée avait la possibilité de poursuivre sa scolarité dans un établissement d'enseignement à distance, dans un établissement privé ou dans sa famille³³⁴.

B. La maîtrise prioritaire de l'Etat dans l'organisation des programmes scolaires dans les établissements d'enseignement publics

103 Marge d'appréciation. Si la Cour européenne reconnaît aux parents le droit au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques, elle estime que la définition et l'aménagement des programmes « relèvent en principe de la compétence

³³⁰ *Ciftci c/ Turquie* du 17 juin 2004, req. n° 71860/01.

³³¹ *Ibid.*

³³² G. Gonzalez, « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, préc.

³³³ *Tuba Aktas c/ France*, req. n° 43563/08, *Bayrak c/ France*, req. n° 14308/08, *Gamaleddyn c/ France*, req. n° 18527/08, *Ghazal c/ France*, req. n° 29134/08, *J. Singh c/ France*, req. n° 25463/08, *R. Singh c/ France*, req. n° 27561/08, du 30 juin 2009 : *AJDA*, 2009, 2077, obs. G. Gonzalez ; *JCP A*, 2009, 2263, obs. F. Dieu.

³³⁴ Voir par exemple *Tuba Aktas c/ France*, préc., p. 9, § 2.

des Etats contractants » et constituent « un problème d'opportunité sur lequel la Cour n'a pas à se prononcer »³³⁵. L'Etat a ainsi la maîtrise prioritaire dans la création des cours (1°) et dans le choix de la diffusion des connaissances (2°).

1° La création des cours

104 Absence d'obligation de créer des cours à la demande des parents. En vertu de l'article 2 du Protocole n° 1, les parents ne peuvent exiger de l'Etat qu'il organise un enseignement donné. La Cour estime dans l'affaire *Bulski c/ Pologne* du 30 novembre 2004³³⁶ qu'ils ne peuvent exiger de l'Etat d'organiser un cours d'éthique pour un enfant qui, aux souhaits de son père, n'a pas suivi d'enseignement religieux ; d'autant plus qu'en l'espèce, l'enseignement de religion n'était pas obligatoire. De même, la Cour estime dans l'affaire « *linguistique belge* » que les préférences linguistiques des parents ne sont pas protégées par la clause du respect des convictions de l'article 2 du Protocole n° 1³³⁷, et en déduit que les parents ne peuvent pas demander à l'Etat d'organiser des programmes scolaires dans les langues de leur choix.

105 Distinction entre la langue nationale et la langue étrangère. En se fondant sur l'article 14 de la Convention, envisagé conjointement avec l'article 2 du Protocole n° 1, la Cour considère que la Convention ne garantit pas une instruction en une langue particulière³³⁸, mais seulement d'assurer la jouissance du droit à l'instruction sans discrimination, fondée notamment sur la langue³³⁹. Dans l'affaire « *linguistique belge* », la Cour européenne semble faire la distinction entre la langue « nationale » et la langue « étrangère » pour estimer que la combinaison de ces deux articles n'avait pas pour effet de garantir aux enfants ou à leurs parents le droit à une instruction dispensée dans toutes les langues de leur choix. Selon la Cour, « interpréter ces deux dispositions comme reconnaissant à toute personne placée sous la juridiction d'un Etat, un droit à être instruite dans la langue de son choix conduirait à des résultats absurdes, car chacun pourrait ainsi revendiquer une instruction donnée dans n'importe quelle langue dans l'un quelconque des territoires des Parties contractantes »³⁴⁰. Toutefois, elle exige que l'enseignement doive être organisé dans une des langues nationales car le droit à

³³⁵ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 84 g).

³³⁶ *Bulski c/ Pologne* du 30 novembre 2004, req. n° 46254/99 et 31888/02.

³³⁷ *L'Affaire « linguistique belge »*, préc., p. 29, § 6.

³³⁸ *Ibid.*, § 8.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ *Ibid.*, § 11.

l'instruction serait vide de sens s'il n'implique pas, pour ses titulaires, le droit de recevoir un enseignement dans la langue nationale ou dans une des langues nationales³⁴¹. Il semble ainsi que la Cour reconnaît implicitement la légitimité de la notion de langue « officielle », dans son interprétation de l'article 2, du Protocole n° 1³⁴².

106 Accès à l'enseignement dans une des langues nationales. Dans l'affaire « *Linguistique belge* », les requérants, enfants francophones habitant la région unilingue néerlandaise, critiquaient le régime linguistique applicable à l'enseignement en Belgique en vertu de la législation de 1932 et notamment de 1963 renforçant le principe de la territorialité en matière linguistique. En effet, dans le souci d'assurer l'homogénéité linguistique, la loi belge prévoyait que l'enseignement se déroulait en néerlandais dans les provinces flamandes et en français dans les provinces wallonnes. Le régime particulier « Bruxelles-capitale » était prévu dans dix-neuf communes de l'arrondissement de Bruxelles. Il s'agissait d'un régime bilingue. Un autre régime particulier était prévu dans les six communes de la périphérie de Bruxelles dites des communes « à facilités » mais à des conditions strictes. Par conséquent, ce dernier enseignement n'était pas accessibles aux requérants dans l'affaire « *Linguistique belge* » puisque leurs parents résidaient en dehors des communes considérées. À l'instar du Gouvernement belge qui soutenait que la finalité poursuivie dans l'organisation de l'enseignement dans des langues différentes dans chaque partie du pays était la défense de la langue flamande en région flamande par le biais d'un unilinguisme territorial, le souci d'assurer l'homogénéité linguistique apparaissait à la Cour comme légitime. C'est cependant la manière d'organiser l'accès à ces enseignements qui a été critiquée dans le cas d'espèce. La Cour européenne considère que l'organisation de l'enseignement dans le cas d'espèce, était discriminatoire et non-justifiée³⁴³ sur de nombreux points. Premièrement, la Cour constate que cette mesure ne s'appliquait pas de façon uniforme aux familles parlant l'une ou l'autre langue nationale³⁴⁴. Deuxièmement, la Cour

³⁴¹ *Ibid.*, § 3.

³⁴² J. Verhoeven, « Jurisprudence internationale intéressant la Belgique. Cour européenne des droits de l'homme. L'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », *RBDI*, 1970, p. 353.

³⁴³ Affaire « *linguistique belge* », préc., § 32.

³⁴⁴ En l'espèce, les enfants francophones habitant la région unilingue néerlandaise se voyaient refuser l'accès aux écoles françaises dans les six communes « à facilités ». Au contraire, les classes néerlandaises des mêmes communes accueillaient en principe tout enfant, indépendamment de sa langue maternelle ou usuelle et le lieu de

constate que les enfants francophones habitant dans la région voisine des six communes se voyaient moins bien traités que les enfants francophones habitant dans la région voisine de l'arrondissement Bruxelles-Capitale. Ces derniers avaient la possibilité d'accès aux écoles de langue française de l'arrondissement Bruxelles-Capitale indépendamment du lieu de résidence de leurs parents. Troisièmement, la Cour considère que la mesure litigieuse ne respectait pas le rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé en raison de l'absence des écoles françaises dans les communes où ils résidaient.

107 Suppression des cours. La suppression de l'enseignement dans une des langues nationales peut conduire la Cour européenne à prononcer la violation de l'article 2 du Protocole n° 1 dans un cas particulier tel est le cas dans l'affaire *Chypre c/ Turquie* du 10 mai 2001³⁴⁵ concernant la situation qui régnait dans le Nord de Chypre depuis que la Turquie y a effectué des opérations militaires en juillet et août 1974 et de la division que connaissait depuis le territoire de Chypre. Avec cette situation, les possibilités d'enseignement secondaire en langue grecque auparavant offertes aux enfants chypriotes grecs, avaient été supprimées par les autorités chypriotes turques. La Cour européenne conclut à la violation de l'article 2 du Protocole n° 1 dans le chef des Chypriotes grecs vivant dans le Nord de Chypre dans la mesure où ils n'ont pas bénéficié d'un enseignement secondaire approprié³⁴⁶. Selon la Cour, la possibilité offerte aux parents chypriotes grecs d'inscrire leurs enfants dans les établissements secondaires en langues turque n'était pas très réaliste, étant donné que ces enfants y ont déjà effectué leur scolarité primaire dans une école chypriote grecque³⁴⁷. Elle a également estimé que la possibilité d'envoyer les enfants dans les établissements secondaires dans le Sud offrant un enseignement en langue grecque ne suffisait pas à satisfaire à l'obligation qu'imposait l'article 2 du Protocole n° 1, « vu l'impact de cette option sur la vie familiale »³⁴⁸. Il semble que c'est la situation particulière de la partie

résidence de ses parents. Ainsi, les enfants néerlandophones résidant dans la région unilingue française ont pu accéder aux établissements scolaires de langue néerlandaise existant dans les six communes.

³⁴⁵ *Chypre c/ Turquie* du 10 mai 2001, Gr. Ch., req. n° 25781/94, §§ 273 à 280.

³⁴⁶ *Ibid.*, § 280.

³⁴⁷ *Ibid.*, § 278.

³⁴⁸ *Ibid.* : L'impact sur la vie familiale réside dans le fait qu'il existait des restrictions qui frappaient le retour des enfants dans le Nord, voir § 44 de l'arrêt.

nord de Chypre qui a conduit la Cour européenne à exercer une appréciation plus sévère de la situation par rapport à celle de l'affaire « *linguistique belge* »³⁴⁹.

2° Le choix de la diffusion des connaissances

108 Maîtrise prioritaire de l'Etat dans la diffusion des connaissances. Selon la Cour européenne, l'Etat peut « répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou des connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique », et les parents ne sauraient s'y opposer « sans quoi tout enseignement institutionnalisé courrait le risque de se révéler impraticable »³⁵⁰. Toutefois, le principe de respect des convictions religieuses et philosophiques des parents implique qu'en raison du poids de l'Etat moderne, que l'enseignement public doit respecter l'exigence de pluralisme³⁵¹.

109 Respect du pluralisme éducatif. Ainsi, en contre partie de la maîtrise prioritaire octroyée à l'Etat dans l'organisation des programmes scolaires, la Cour européenne affirme dans l'arrêt *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark* que la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 vise à « sauvegarder la possibilité d'un pluralisme éducatif, essentielle à la préservation de la “société démocratique” telle que la conçoit la Convention »³⁵². Elle estime également que la seconde phrase de l'article 2 du protocole n° 1 doit se lire « à la lumière non seulement de la première phrase du même article, mais aussi, notamment, de l'article 9 de la Convention »³⁵³, et c'est ce dernier article qui met à la charge des Etats contractants un devoir de neutralité et d'impartialité³⁵⁴. Par conséquent, le principe du « pluralisme éducatif » impose à l'Etat un devoir de neutralité dans l'exercice des fonctions qu'il assume en matière d'éducation. Ce devoir se concilie avec le droit des parents au respect de leurs convictions et se traduit par l'obligation de l'Etat selon laquelle, dans la définition et l'aménagement du programme des études, les informations ou les connaissances figurant au programme doivent être diffusées de manière objective, critique et pluraliste, permettant aux élèves de développer un sens critique à l'égard notamment du fait religieux dans une atmosphère sereine, préservée de tout prosélytisme et de ne pas

³⁴⁹ G. Gonzalez, « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », préc.

³⁵⁰ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 53.

³⁵¹ *Ibid.*, § 50.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., § 60.

³⁵⁴ *Ibid.*

poursuivre un but d'endoctrinement qui peut être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques³⁵⁵. L'impératif pesant sur les autorités publiques « vaut pour chacune des fonctions qu'elles assument dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement », ce qui « ne permet pas de distinguer entre l'instruction religieuse et les autres disciplines », dans la mesure où « c'est dans l'ensemble du programme de l'enseignement public » que l'article 2 « prescrit à l'Etat de respecter les convictions, tant religieuses que philosophiques, des parents »³⁵⁶.

110 Diffusion des connaissances en rapport avec la religion. L'application du devoir de neutralité et d'impartialité pose essentiellement des problèmes relatifs à la diffusion des connaissances en rapport avec la religion. La Cour européenne se montre exigeante lorsqu'elle examine la compatibilité de l'enseignement religieux obligatoire avec le pluralisme éducatif et les sanctions de la Cour ne sont pas rares en ce domaine³⁵⁷.

111 Diffusion des connaissances en rapport avec la philosophie. En revanche, elle se montre beaucoup plus souple³⁵⁸ lorsqu'elle examine les requêtes relatives à la compatibilité de l'enseignement en rapport avec la philosophie. Aucune requête n'a débouché sur un constat de violation de la Convention. Dans l'affaire *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, les parents invoquaient la possibilité d'instruire eux-mêmes leurs enfants dans le domaine des questions sexuelles et revendiquaient pour eux une dispense de l'enseignement litigieux. En faisant une distinction entre « doctrine » et simples « informations », la Cour européenne conclut que l'éducation sexuelle est une pure information biologique qui ne saurait porter atteinte aux convictions religieuses et philosophiques des parents³⁵⁹. Selon elle, la législation en cause « ne s'attache pas à exalter le sexe, ni à inciter les élèves à se livrer précocement à des pratiques dangereuses pour leur équilibre, leur santé ou leur avenir ou répréhensibles aux yeux de beaucoup de parents »³⁶⁰. De même, dans la décision d'irrecevabilité *Appel-Irrgang et autres c/ Allemagne* du 6 octobre 2009³⁶¹, des parents protestants, contestaient l'obligation d'assister au cours d'éthique introduit dans les écoles secondaires publiques

³⁵⁵ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 53.

³⁵⁶ *Ibid.*, § 51.

³⁵⁷ Voir *Infra.*, n° 133 et s.

³⁵⁸ G. Gonzalez, « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », préc.

³⁵⁹ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 54.

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ *Appel-Irrgang et autres c/ Allemagne* du 6 octobre 2009, req. n° 45216/07.

afin d'éduquer la jeunesse « dans un esprit d'humanité, de démocratie et de liberté ». À leurs yeux, le caractère laïc anti-religieux d'un tel enseignement contredisait leurs convictions religieuses et, partantes, le devoir de neutralité de l'Etat. Dans cette affaire, la Cour européenne a considéré que les objectifs du cours étaient conformes aux principes de pluralisme et d'objectivité consacrés par l'article 2 du Protocole n° 1 car il s'agissait d'un cours visant à « promouvoir la propension et la capacité des élèves du secondaire, indépendamment de leurs origines culturelles, ethniques, religieuses, idéologiques, à aborder les problèmes culturels et éthiques fondamentaux de la vie individuelle et sociale afin qu'ils acquièrent une compétence sociale et l'aptitude au dialogue interculturel et au discernement éthique ». L'enseignement contesté lui semblait légitime car il entendait « transmettre une base de valeurs commune aux élèves et [les] éduquer à s'ouvrir à des personnes adhérant à d'autres croyances que la leur ». La Commission avait déjà décidé dans le même sens dans les affaires concernant le programme d'enseignement de la morale non-confessionnelle³⁶².

³⁶² Commission, *Sluijs c/ Belgique* du 9 septembre 1992 ; *Bernard et autres c/ Luxembourg* du 8 septembre 1993.

Chapitre 2 : La place de la religion dans le milieu scolaire

112 Conceptions diverses. La Cour européenne rappelle qu'elle se doit « de prendre en compte le fait que l'Europe est caractérisée par une grande diversité entre les Etats qui la composent, notamment sur le plan de l'évolution culturelle et historique »³⁶³ et qu' « il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société »³⁶⁴. C'est pourquoi, la question de la place de la religion dans le milieu scolaire occupe une place centrale dans la jurisprudence de la Cour européenne concernant le droit à l'instruction. Ainsi, les développements jurisprudentiels en cause sont plus significatifs de nos jours car « les sociétés européennes se diversifient de plus en plus, tant du point de vue sociologique que du point de vue culturel »³⁶⁵. Dans le cadre de son contrôle, la Cour est amenée à se prononcer, d'une part, sur la place de la religion et l'accès à l'instruction (Section 1) et d'autre part, sur la place de la religion et la diffusion des connaissances (Section 2).

Section 1 : La place de la religion dans le milieu scolaire et l'accès à l'instruction

113 Liberté de manifester sa religion et accès à l'instruction. La liberté de manifester sa religion dans le milieu scolaire peut être encadrée, notamment dans les Etats laïcs. C'est pourquoi le port des signes ou tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles et universités peut être interdit. Cette interdiction peut toutefois entrer en conflit avec l'accès à l'instruction pour ceux qui ne la respectent pas, comme en témoigne la jurisprudence de la Cour européenne. L'affaire *Leyla Sahin c/*

³⁶³ *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., § 68.

³⁶⁴ *Otto-Preminger-Institut c/ Autriche* du 20 septembre 1994, req. n° 13470/87, § 50 : *RUDH*, 1994, pp. 441-449, note P. Wachsmann ; *RUDH* 1995, pp. 115-117, chron. M. Levinet.

³⁶⁵ M. De Salvia, « Liberté de religion, esprit de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan Bruylant*, 2004, vol. I, p. 592.

Turquie du 10 novembre 2005³⁶⁶, affaire fondatrice en la matière, aborde la question de l'interdiction faite à une étudiante du port du foulard islamique à l'université. Si cette affaire concerne une étudiante, c'est-à-dire un adulte, la suite des arrêts de la Cour européenne porte tous sur la question du port des signes religieux dans les établissements de l'enseignement primaire et secondaire et concerne donc des enfants. La décision d'irrecevabilité *Köse et autres c/ Turquie* du 24 janvier 2006³⁶⁷ aborde la question de l'interdiction faite à des élèves d'établissements secondaires publics à vocation religieuse, de porter le foulard islamique dans l'enceinte de leur école. La France à son tour, fait l'objet du contrôle de la part de la Cour européenne des droits de l'homme en raison notamment de l'application de la loi du 15 mars 2004³⁶⁸ interdisant, dans les écoles, les collèges et les lycées publics, « le port de signes ou de tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse ». Les affaires *Dogru et Kervanci c/ France* du 4 décembre 2008³⁶⁹ et les décisions d'irrecevabilité *Tuba Aktas, Bayrak, Gamaleddyn, Ghazal, J. Singh et R. Singh* du 30 juin 2009³⁷⁰ concernent l'exclusion définitive d'élèves de leur établissement scolaire en raison de leur refus de retirer les signes ostensibles d'appartenance religieuse.

114 Fondement. Dans l'ensemble des arrêts cités ci-dessus, la Cour européenne fait le choix de statuer principalement, non pas sur l'article 2 du Protocole n° 1 relatif au droit à l'instruction, mais sur l'article 9 de la Convention relatif à la protection de la liberté de pensée, de conscience et de religion. Cet article dispose que « toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ». Cependant, cette liberté n'est pas sans limite. L'alinéa 2 du même article précise que la liberté de manifester sa religion ou ses convictions peut faire l'objet de restrictions lorsque celles-ci sont

³⁶⁶ *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., du 10 novembre 2005, req. n° 44774/98 : *D.* 2005, n° 3, p. 204, obs. G. Yildirim ; *JDI* 2005, n° 2, p. 529, obs. E. Decaux ; *JCP G* 2006, n° 5, p. 187, obs. F. Sudre ; *RJPF* 2006, n° 3, p. 10, obs. E. Putman ; *RTDH* 2006, n° 66, p. 183 ; *Dr. Fam.* 2006, n° 4, p. 6, obs. S. Plana ; *D.* 2006, n° 25, p. 1717, obs. J-F. Renucci ; *JDI* 2006, n° 3, p. 1146, obs. C. de la Hougue.

³⁶⁷ *Köse et autres c/ Turquie* du 24 janvier 2006, req. n° 26625/02 : *D.* 2006, n° 25, p. 1717, obs. J-F. Renucci.

³⁶⁸ La loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, *JO*, 17 mars 2004, 5190.

³⁶⁹ *Dogru et Kervanci c/ France* du 4 décembre 2008, req. n° 27058/05 et 31645/04 : *RLDC* 2009, n° 58, p. 45, obs. E. Poulighen ; *DA* 2009, n° 1, p. 27, obs. P. Raibault ; *RD publ.*, 2009, 916, obs. G. Gonzalez.

³⁷⁰ *Tuba Aktas c/ France*, req. n° 43563/08, *Bayrak c/ France*, req. n° 14308/08, *Gamaleddyn c/ France*, req. n° 18527/08, *Ghazal c/ France*, req. n° 29134/08, *J. Singh c/ France*, req. n° 25463/08, *R. Singh c/ France*, req. n° 27561/08, du 30 juin 2009 : *AJDA*, 2009, 2077, obs. G. Gonzalez ; *JCP A*, 2009, 2263, obs. F. Dieu.

prévues par la loi et constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

115 **Contrôle européen.** Concluant à la non-violation de l'article 9 de la Convention dans les affaires *Leyla Sahin*³⁷¹, *Dogru et Kervanci*³⁷², et déclarant les requêtes irrecevables comme manifestement mal fondées dans l'affaire *Köse et autres c/ Turquie*³⁷³ et les six requêtes du 30 juin 2009 dirigées contre la France³⁷⁴, la Cour européenne des droits de l'homme prend position de faire primer la politique de l'Etat sur le droit de l'enfant de manifester sa religion lorsqu'il s'agit de réglementer le port des signes religieux dans le milieu scolaire (§ 1) ce qui conduit la Cour à estimer que l'accès à l'instruction peut être conditionné par cette politique (§ 2).

§ 1 : La primauté de la politique laïque de l'Etat

116 **Restriction au sens de l'article 9 § 2.** Selon la Cour européenne, le port d'une tenue ou un signe manifestant une appartenance religieuse peut être considéré comme « un acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction religieuse »³⁷⁵ et la réglementation litigieuse, c'est-à-dire l'interdiction et la sanction y afférente, « est constitutive d'une restriction au sens de l'article 9 § 2 »³⁷⁶. Dans l'affaire *Leyla Sahin c/ Turquie* du 10 novembre 2005³⁷⁷, la Cour juge que la Turquie avait le droit d'interdire à une étudiante le port du foulard islamique à l'université sous peine d'être refusée aux cours, stages et travaux dirigés. La requérante se voyait également refuser l'accès aux examens au motif qu'elle portait le foulard islamique. Pour la même raison, on lui a également refusé son inscription et son admission à plusieurs cours. Dans les affaires *Köse et autres c/ Turquie* du 24 janvier 2006³⁷⁸, *Dogru et Kervanci c/ France* du 4 décembre 2008³⁷⁹ et les six décisions d'irrecevabilité dirigées contre la France³⁸⁰, la

³⁷¹ *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., préc., § 123.

³⁷² *Dogru et Kervanci c/ France*, préc., § 78.

³⁷³ *Köse et autres c/ Turquie*, préc.

³⁷⁴ *Tuba Aktas c/ France*, *Bayrak c/ France*, *Gamaleddyn c/ France*, *Ghazal c/ France*, *J. Singh c/ France*, *R. Singh c/ France*, préc.

³⁷⁵ *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., préc., § 78.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ *Leyla Sahin c/ Turquie*, préc.

³⁷⁸ *Köse et autres c/ Turquie*, préc.

³⁷⁹ *Dogru et Kervanci c/ France*, préc.

³⁸⁰ *Tuba Aktas c/ France*, *Bayrak c/ France*, *Gamaleddyn c/ France*, *Ghazal c/ France*, *J. Singh c/ France*, *R. Singh c/ France*, préc.

Cour considère comme proportionnée l'exclusion définitive d'un établissement scolaire en raison du refus des enfants de retirer leurs signes ostensibles d'appartenance religieuse. La Cour européenne arrive à cette conclusion en accordant une large marge d'appréciation à l'Etat pour réglementer le port des signes religieux dans le milieu scolaire (A.) et elle entend sauvegarder la laïcité lorsque la sauvegarde de celle-ci résulte de la politique de l'Etat en cause (B.).

A. Une large marge d'appréciation accordée aux Etats

117 Base légale et but légitime. Procédant à son contrôle habituel de la marge nationale d'appréciation³⁸¹, la Cour examine dans chaque cas lui étant soumis, si la mesure était prévue par la loi, si l'ingérence incriminée poursuivait les buts légitimes et si cette ingérence était « nécessaire dans une société démocratique ». Le constat du fait que la mesure était prévue par la loi et qu'elle poursuivait les buts légitimes ne pose pas de problème particulier pour la Cour européenne. Dans l'arrêt *Leyla Sahin c/ Turquie*, elle estime que la réglementation litigieuse se fondait à la fois, sur le principe de laïcité énoncé dans la Constitution, et sur l'atteinte au principe de neutralité de l'école³⁸². Dans les six décisions d'irrecevabilité³⁸³, la Cour estime que la mesure était prévue par la loi du 15 mars 2004 et que l'ingérence incriminée poursuivait pour l'essentiel les buts légitimes que sont la protection des droits et libertés d'autrui et de l'ordre public. Même en l'absence de la loi interdisant le port des signes religieux à l'école³⁸⁴, la Cour estime dans les arrêts *Dogru et Kervanci c/ France*³⁸⁵, que l'ingérence alléguée de l'établissement scolaire dans l'exercice du droit de manifester sa religion, avait une base légale suffisante en raison de l'existence de l'avis du Conseil d'Etat du 27 octobre 1989 et la jurisprudence constante subséquente permettant de déterminer le droit applicable³⁸⁶.

³⁸¹ *GACEDH* n°7.

³⁸² *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., préc., §§ 112 et 113.

³⁸³ *Tuba Aktas c/ France*, *Bayrak c/ France*, *Gamaleddyn c/ France*, *Ghazal c/ France*, *J. Singh c/ France*, *R. Singh c/ France*, préc.

³⁸⁴ La loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 (JO 17 mars 2004) n'était en effet pas parue à l'époque des faits litigieux.

³⁸⁵ *Dogru et Kervanci c/ France*, préc., § 59.

³⁸⁶ En ce qui concerne le caractère prévisible de la loi, la Cour estime que la « loi » dans le cas d'espèce a un caractère prévisible car « en signant le règlement intérieur lors de son inscription au collège, la requérante a eu connaissance de la tenue de la réglementation litigieuse et qu'elle s'est engagée à la respecter avec l'accord de ses parents » (*Dogru et Kervanci c/ France*, préc., § 58).

118 Absence de droit absolu à la manifestation de sa religion. C'est lorsqu'elle examine si l'interdiction litigieuse est « nécessaire dans une société démocratique » qu'elle exprime sa volonté d'accorder une large marge d'appréciation à l'Etat. Ainsi, la Cour européenne rappelle que le droit de manifester sa religion, protégé par l'article 9 de la Convention, n'est pas un droit absolu et comporte certaines limites car l'article 9 ne protège « pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction et ne garantit pas toujours le droit de se comporter d'une manière dictée par une conviction religieuse »³⁸⁷.

119 Absence de consensus. La justification, selon la Cour, réside dans le fait que « dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir cette liberté de limitations propres à concilier les intérêts de divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun »³⁸⁸. Par conséquent, la Cour considère que les Etats ont une marge d'appréciation très importante « lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'Etat et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique »³⁸⁹. Ce qui est « notamment le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement »³⁹⁰. Sur ce point, la Cour européenne se fonde sur l'absence d'une conception uniforme en matière de réglementation du port des signes religieux dans les établissements d'enseignements dans des pays européens³⁹¹ et sur le fait que « le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse ne sont pas les mêmes suivant les époques et les contextes »³⁹². La Cour rappelle aussi que l'Etat peut limiter la liberté de manifester une religion, « si l'usage de cette liberté nuit à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique »³⁹³.

³⁸⁷ *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., préc., § 105.

³⁸⁸ *Ibid.*, § 106.

³⁸⁹ *Ibid.*, §§ 108 à 109.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.*, §§ 55 à 65.

³⁹² *Ibid.*, § 109.

³⁹³ *Ibid.*, § 111 ; *Refah Partisi et autres c/ Turquie*, Gr. Ch., du 13 février 2003, req. n° 41340/98, 41342/98 et 41344/98, § 92 : *GACEDH* n° 57 ; *AJDA*, 1994, 31, chron. J.-F. Flauss ; *JCP G*, 2003, I, 160 ; n° 15, chron. F. Sudre ; *RFDC*, 2004, 207, note M. Levinet.

B. La nécessaire sauvegarde du principe de laïcité

120 Importance du contexte national. La Cour semble justifier l'interdiction du port des signes religieux dans le milieu scolaire par la nécessité de sauvegarder le principe de laïcité de l'Etat en cause. Dans un premier temps, il semblait que la Cour tenait compte du contexte national³⁹⁴ mais dans les arrêts plus récents dirigés contre la France, la Cour, sans prendre en compte ce contexte, estime nécessaire de protéger la laïcité dès lors qu'il s'agit d'un principe à valeur constitutionnel dans l'Etat en cause³⁹⁵.

121 Contexte turc. Ainsi, dans les affaires *Leyla Sahin c/ Turquie* du 10 novembre 2005³⁹⁶ et *Köse et autres c/ Turquie* du 24 janvier 2006³⁹⁷, la Cour européenne conclut à l'absence d'apparence de la violation de l'article 9, compte tenu notamment de la nécessité de sauvegarder le principe de laïcité dans le contexte turc. Dans l'arrêt *Leyla Sahin*, la Cour estime que le choix quant à l'étendue et aux modalités d'une réglementation du port des signes religieux devait être laissé à l'Etat concerné, puisqu'il dépendait du contexte national considéré³⁹⁸. Par conséquent, elle constate l'absence de violation de la disposition invoquée, « après avoir analysé le contexte turc »³⁹⁹. La Cour européenne, dans cet arrêt, observe qu'en Turquie, la laïcité était un principe à valeur constitutionnelle dont la sauvegarde pouvait être considérée comme nécessaire à la protection de son système démocratique. Pour justifier son raisonnement, la Cour relève plusieurs facteurs liés au contexte national turc. Ainsi, elle constate qu'en Turquie, l'islam était la religion majoritaire et pour les partisans de la laïcité, le voile islamique était devenu le symbole d'un islam politique exerçant une influence grandissante. La sauvegarde du principe de laïcité était également nécessaire pour protéger les droits des femmes et pour protéger les individus contre des mouvements politiques extrémistes⁴⁰⁰.

³⁹⁴ L. Burgorgue-Larsen et E. Dubout, « Le port du voile à l'université », préc. ; S. Plana, « Les préventions de la Cour européenne à l'encontre de certaines prescriptions religieuses », *Dr. fam.*, 2006, étude 19.

³⁹⁵ P. Raimbaule, « La question du voile devant la CEDH », préc. ; G. Gonzalez, « Rideau sur le voile et autres signes ostensibles », *AJDA*, 2009, 2077 ; F. Dieu, « L'interdiction du port de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP A*, 2009, 2263.

³⁹⁶ *Leyla Sahin c/ Turquie*, préc.

³⁹⁷ *Köse et autres c/ Turquie*, préc.

³⁹⁸ *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., préc., § 109.

³⁹⁹ Voir le résumé de l'arrêt *Leyla Sahin* par la Cour elle-même dans l'arrêt *Dugru c/ France*, § 66.

⁴⁰⁰ *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., préc., § 115.

C'est pour cette raison que la Cour considère que l'interdiction litigieuse était justifiée dans le cas d'espèce⁴⁰¹.

122 Contexte français. La transposition de la jurisprudence *Layla Sahin* en dehors du contexte turque peut de prime abord sembler difficile. Selon une partie de la doctrine⁴⁰², il s'agit, dans le cas d'espèce, d'une conception « figée » de la laïcité et donc la transposition à l'autre contexte est trop délicate. Pour autant, elle a cependant eu lieu dans les arrêts de la Cour européenne dirigés contre la France. Ainsi, en validant la jurisprudence du Conseil d'Etat français dans les affaires *Dogru et Kervanci c/ France*⁴⁰³, la Cour européenne étend la jurisprudence *Leyla Sahin* hors du contexte de la laïcité turque⁴⁰⁴. Cette extension de la jurisprudence se fait sans prendre en compte le contexte national en France mais seulement en constatant qu'en France, la laïcité est un principe constitutionnel. En effet, la Cour constate, dans les affaires *Dogru et Kervanci c/ France* qu'en France, « comme en Turquie ou en Suisse »⁴⁰⁵, « la laïcité est un principe constitutionnel, fondateur de la République, auquel l'ensemble de la population adhère et dont la défense paraît primordiale, en particulier à l'école »⁴⁰⁶. C'est en s'appuyant sur le fait que la laïcité est un principe constitutionnel dans l'Etat en cause⁴⁰⁷, et uniquement sur celui-ci⁴⁰⁸, que la Cour européenne semble justifier une large marge d'appréciation accordée aux Etats dans ce domaine. Selon la Cour, la défense du principe constitutionnel de laïcité paraît primordiale et « une attitude ne respectant pas ce principe ne sera pas nécessairement acceptée comme faisant partie de la liberté de manifester sa religion, et ne bénéficiera pas de la protection qu'assure l'article 9 de la Convention »⁴⁰⁹. L'assimilation des situations que fait la Cour européenne, semble être « essentiellement institutionnelle et surtout

⁴⁰¹ *Ibid.*, § 122.

⁴⁰² L. Burgogue-Larsen et E. Dubout, « Le port du voile à l'université », préc. ; dans le même sens, voir E. Decaux, obs. sous l'arrêt *Leyla Sahin c/ Turquie* du 29 juin 2004, *JDI*, 2005-2, p. 530.

⁴⁰³ *Dogru et Kervanci c/ France*, préc.

⁴⁰⁴ G. Gonzalez, « Rideau sur le voile et autres signes ostensibles », préc.

⁴⁰⁵ *Dahlab c/ Suisse* du 15 février 2001, req. n° 42393/98 : *AJDA*, 2001, 480, note J.-F. Flauss ; *RFDA*, 2003, 536, note N. Chauvin.

⁴⁰⁶ *Dogru et Kervanci c/ France*, préc., § 72.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, §§ 17 à 22.

⁴⁰⁸ Voir par exemple, *Tuba Aktas c/ France*, préc. : La Cour européenne estime que « l'interdiction de tous les signes religieux ostensibles dans les écoles, collèges et lycées publics a été motivé uniquement par la sauvegarde du principe constitutionnel de laïcité et que cet objectif est conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention ainsi qu'à la jurisprudence en la matière [...] ».

⁴⁰⁹ *Refah Partisi et autres c/ Turquie*, Gr. Ch., préc., § 93.

constitutionnelle »⁴¹⁰, ne prenant pas du tout en compte de la situation différente dans chaque pays⁴¹¹.

123 Modèle laïque favorisé. Pour autant, la position de la Cour européenne ne surprend pas. À la lecture de sa jurisprudence, si un système d'Etat confessionnel n'était pas en soi incompatible avec le respect de l'article 9 de la Convention⁴¹², on peut observer « la fascination de la Cour européenne »⁴¹³ pour le modèle laïc comme cadre idéal de l'exercice de la liberté de religion. Qualifiant d'« exaltation de la laïcité », le souci de la Cour européenne de permettre aux Etats laïques de préserver leur modèle relationnel avec les religions, le Professeur Gonzalez observe que l'« on passe ainsi d'une conception respectueuse de la Convention (l'arrêt *Sahin*) à un modèle qui « semble répondre » aux obligations qui pèsent sur les Etats en matière de liberté de religion (les arrêts *Dogru et Kervanci*), puis, enfin à un constat, non plus de compatibilité, mais de conformité de l'objectif de sauvegarde de la laïcité à la Convention européenne, plus précisément ses « valeurs sous-jacentes » mises en lumière par la jurisprudence de la Cour » (les requêtes d'irrecevabilité dirigées contre la France)⁴¹⁴. Ce faisant, la Cour européenne semble considérer que la défense de la laïcité dote les Etats d'une marge d'appréciation très importante pour s'opposer à certaines manifestations de la liberté de religion, notamment dans les établissements scolaires⁴¹⁵. Selon la doctrine, c'est la fin qui justifie les moyens⁴¹⁶ et tous les moyens utilisés pour sauvegarder le principe constitutionnel de laïcité sont jugés conformes aux stipulations de l'article 9 de la Convention⁴¹⁷. Une partie de la doctrine voit ainsi une renonciation de la Cour européenne à tout contrôle dès lors que le législateur national a voté une loi

⁴¹⁰ F. Dieu, « L'interdiction du port de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme », préc.

⁴¹¹ *Ibid.*, Selon l'auteur, (contrairement à la situation en Turquie), « il est difficile et sans doute excessif d'effectuer le même constat à propos d'un pays tel que la France où les personnes manifestant leur appartenance religieuse sont une minorité et où la religion majoritaire, le catholicisme, non seulement ne menaçait pas la laïcité de l'Etat laïc en outre est faiblement pratiquée et manifestée ».

⁴¹² *Darby c/ Suède* du 23 octobre 1990, A. 187, § 45 : *RTDH*, 1992, 181, note J.-F. Flauss.

⁴¹³ G. Gonzalez, « Rideau sur le voile et autres signes ostensibles », préc. ; dans le même sens, L. Burgorgue-Larsen et E. Dubout, « Le port du voile à l'université », préc. ; F. Dieu, « L'interdiction du port de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme », préc.

⁴¹⁴ G. Gonzalez, « Rideau sur le voile et autres signes ostensibles », préc.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ F. Dieu, « L'interdiction du port de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.* ; dans le même sens, G. Gonzalez, « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2010, p. 1003.

⁴¹⁷ *Ibid.*

motivée par la sauvegarde du principe constitutionnel de laïcité⁴¹⁸. C'est ainsi que l'accès à l'instruction peut être conditionné par la politique de l'Etat relative au port des signes religieux dans le milieu scolaire.

§ 2 : L'accès à l'instruction conditionné par la politique de l'Etat

124 Conception stricte de la laïcité. Le fait de reconnaître l'importance de sauvegarder la laïcité n'implique pas nécessairement d'interdire le port des signes religieux. L'interdiction trouve son fondement dans la conception de la laïcité de chaque Etat⁴¹⁹. Ainsi, sans définir la laïcité⁴²⁰, la Cour valide les modèles nationaux de la Turquie et de la France, deux Etats qui ont opté pour une conception « stricte » de la laïcité, conçue dans un sens « négatif », c'est-à-dire la laïcité qui ressemble à la neutralité et qui justifie une limitation à la liberté religieuse⁴²¹. Dans les affaires contre la Turquie, la Cour évoque la conception des juges constitutionnels turcs de la laïcité. Ceux-ci « ont estimé que la laïcité [...] est au confluent de la liberté et de l'égalité » et de ce fait, l'Etat a un devoir de neutralité et d'impartialité et « la liberté de manifester la religion peut être restreinte dans le but de préserver ces valeurs et principes »⁴²². La Cour trouve une telle conception de laïcité, respectueuse des valeurs sous-jacentes à la Convention. C'est pourquoi elle constate que la sauvegarde de ce principe [...] pouvait être considérée comme nécessaire à la protection du système démocratique en Turquie⁴²³. Elle parvient au même constat en ce qui concerne la France. Ainsi, la Cour européenne estime qu'en France, « de façon plus globale », la limitation de la manifestation d'une conviction religieuse « avait pour finalité de préserver les impératifs de laïcité dans l'espace public scolaire, tels qu'interprétés par le Conseil d'Etat [...] et par les différentes circulaires ministérielles rédigées sur la question »⁴²⁴. C'est pourquoi elle considère que les autorités nationales avaient une obligation de

⁴¹⁸ F. Dieu, « L'interdiction du port de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme », préc. : L'auteur considère que la liberté laissée aux Etats de décider une « quasi-sanctuarisation du milieu scolaire ».

⁴¹⁹ Voir *Infra*, n° 150 sur la compatibilité de l'exposition des crucifix dans des salles de classe des écoles publiques italiennes : le respect du principe de laïcité peut également se traduire par la mise en place d'une laïcité « positive » ou « réciproque » permettant l'exposition des crucifix dans des salles de classe à condition que les élèves peuvent manifester leur appartenance religieuse dans le milieu scolaire.

⁴²⁰ L. Burgorgue-Larsen et E. Dubout, « Le port du voile à l'université », préc.

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., préc., § 113.

⁴²³ *Ibid.*, § 114.

⁴²⁴ *Dogru et Kervanci c/ France*, préc., § 69.

veiller avec une grande vigilance à ce que, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, la manifestation par les élèves de leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires ne se transformait pas en un acte ostentatoire, qui constituerait une source de pression et d'exclusion. Aux yeux de la Cour, « tel est bien ce à quoi semble répondre la conception du modèle français de laïcité »⁴²⁵.

125 Subordination du droit d'accès à l'instruction. C'est en considérant qu'une conception stricte de la laïcité comme interprétée par les autorités nationales turques et françaises était conforme à la Convention que la Cour parvient par la suite, à subordonner l'accès à l'instruction à la politique de l'Etat en considérant comme proportionnées l'interdiction du port des signes religieux dans le milieu scolaire (A.) ainsi que les sanctions y afférentes (B.).

A. La possibilité d'interdire le port des signes religieux dans le milieu scolaire

126 Absence d'obligation de justification. En raison de la nécessité de sauvegarder le principe constitutionnel de laïcité, la Cour européenne semble estimer qu'il est possible d'interdire le port des signes religieux de manière générale et sans justifier l'interdiction par un autre motif. Sur ce point, il suffit de comparer la réponse de la Cour dans les arrêts *Dogru et Kervanci c/ France*⁴²⁶ à celle des décisions d'irrecevabilité⁴²⁷. En effet, la Cour européenne admet, dans les affaires *Dogru et Kervanci c/ France*, sur le fondement du droit applicable avant la loi du 15 mars 2004, que la conclusion des autorités nationales selon laquelle le port d'un voile, tel le foulard islamique, n'était pas compatible avec la pratique du sport pour des raisons de sécurité ou d'hygiène, n'était pas déraisonnable⁴²⁸. Par la suite, la Cour reprend des motifs retenus dans les affaires *Dogru et Kervinci* pour déclarer irrecevables les six requêtes dirigées contre la France. Ainsi, elle affirme dans les cas d'espèce que « bien que l'ingérence litigieuse ne fût pas seulement limitée aux cours d'éducation physique mais à l'ensemble des cours », il n'existait « aucun motif susceptible de la convaincre de s'éloigner de cette jurisprudence », dès lors que « l'interdiction de tous les signes religieux ostensibles dans les écoles, collèges et lycées publics a été motivée

⁴²⁵ *Ibid.*, § 71.

⁴²⁶ *Dogru et Kervanci c/ France*, préc.,

⁴²⁷ *Tuba Aktas c/ France, Bayrak c/ France, Gamaleddyn c/ France, Ghazal c/ France, J. Singh c/ France, R. Singh c/ France*, préc.

⁴²⁸ *Dogru et Kervanci c/ France*, préc., § 73.

uniquement par la sauvegarde du principe constitutionnelle de laïcité »⁴²⁹. L'interdiction dans les arrêts *Dogru et Kervanci* avait été motivée par des règles internes des établissements relatives à la sécurité, d'hygiène et l'assiduité alors que dans les arrêts d'irrecevabilité, les élèves se voyaient reprocher le simple fait de porter des signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse.

127 Des actes interdits. La Cour européenne accorde une large marge d'appréciation à l'Etat sur la qualification des actes interdits. En effet, on peut voir dans les six requêtes d'irrecevabilité dirigées contre la France que la Cour affirme « une interprétation extensive de la notion des signes religieux »⁴³⁰ des autorités nationales. Les requérants dans ces affaires, pour éviter les sanctions disciplinaires pouvant provenir de l'interdiction du port des signes religieux ostensible, ont opté pour des signes de « substitution » qui selon eux, sont toujours visibles mais pas ostentatoires. Dans l'affaire *Tuba Aktas*, la requérante, Mlle Aktas, prétendait qu'elle avait substitué un bonnet au foulard qu'elle portait. Ce bonnet n'aurait, selon elle, aucune connotation religieuse ou tout du moins, ne serait pas un signe ostensible ayant pour effet d'exercer une pression⁴³¹. Mlle Ghazal, s'est présentée dans l'enceinte du collège « les cheveux et les oreilles couverts d'un couvre-chef ». Messieurs Jasvir et Ranjit Singh, portaient le *keski* ou sous-turban sikh au lieu de leur turban traditionnel. Sans répondre à la question de savoir si ces signes religieux de « substitution » étaient aussi interdits par la loi, la Cour reprend le raisonnement des arrêts *Dogru et Kervanci*⁴³² pour estimer qu'une telle appréciation relève pleinement de la marge d'appréciation de l'Etat. Selon la Cour européenne, les autorités françaises « ont estimé que le fait de porter un tel accessoire vestimentaire en permanence constituait également la manifestation ostensible d'une appartenance religieuse »⁴³³. En effet, le Conseil d'Etat avait considéré que sont interdits, d'une part, « les signes ou tenues [...] dont le port, par lui-même, manifeste ostensiblement une appartenance religieuse, d'autre part, ceux dont le port ne manifeste ostensiblement une appartenance religieuse qu'en raison du comportement de

⁴²⁹ Voir par exemple, *Tuba Aktas c/ France*, préc.

⁴³⁰ F. Dieu, « L'interdiction du port de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

⁴³¹ *Tuba Aktas c/ France*, préc.

⁴³² *Dogru et Kervanci c/ France*, préc., § 75.

⁴³³ Voir par exemple, *Tuba Aktas c/ France*, préc.

l'élève »⁴³⁴. À l'instar du Gouvernement français, la Cour européenne estime que la loi de 2004 devait permettre de répondre à l'apparition de nouveaux signes, voire à d'éventuelles tentatives de contournement de la loi⁴³⁵.

128 Actes « ostentatoires ». Dans les arrêts dirigés contre la Turquie, la Cour rappelle qu'il n'était pas interdit de refuser l'accès à des élèves arborant le foulard islamique dès lors que cette interdiction visait à « préserver le caractère laïc des établissements d'enseignement »⁴³⁶. C'est ainsi qu'il faut veiller à ce que « la manifestation par les élèves de leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires ne se transforme pas en un acte ostentatoire de nature à constituer une source de pression et d'exclusion »⁴³⁷. Toutefois, à la lecture des arrêts de la Cour, on peut observer que le contexte national est différent en France et en Turquie. De ce fait, l'acte qui peut être qualifié d'« ostentatoire » en Turquie, peut ne pas l'être en France⁴³⁸ puisqu'en France, le port des signes religieux ne s'accompagne pas de manifestations de prosélytisme ni de menace réelle contre la laïcité de l'Etat⁴³⁹. Pour autant, en rappelant dans les arrêts *Dogru et Kervanci* que « le port des signes religieux n'était pas en soi incompatible avec le principe de laïcité dans les établissements scolaires, mais qu'il le devenait suivant les conditions dans lesquelles celui-ci était porté et aux conséquences que le port d'un signe pouvait avoir »⁴⁴⁰, la Cour affirme l'interdiction française selon l'analyse du Conseil d'Etat. Cette validation se fait, encore une fois, sans prendre en compte le contexte national.

129 Exigence de garanties. Il semble que le seul contrôle exercé par la Cour européenne est de veiller à ce que les interdictions litigieuses soient entourées de garanties suffisantes. Ainsi, dans son examen de l'article 9 de la Convention, la Cour vérifie si le processus décisionnel concernant la mise en application des règlements internes satisfait à une mise en balance des divers intérêts en jeu et, dans toutes les affaires qui lui sont soumises, elle considère que les mesures ont été entourées de

⁴³⁴ CE 5 décembre 2007, *M. Singh*, n° 285394, *AJDA*, 2007, 2343 ; *RFDA*, 2008, 529 ; concl. A. Keller, et, même date, *Mlle Ghazal*, n° 295671, publié au Lebon ; *AJDA*, 2007, 2343 ; *RFDA*, 2008, 529, concl. R. Keller.

⁴³⁵ La Cour européenne a repris ici les termes contenues dans la circulaire ministérielle du 18 mai 2004 (*JO*, 22 mai 2004, 9033) s'agissant de l'objectif de « répondre à l'apparition de nouveaux signes, voire à d'éventuelles tentatives de contournement de la loi ».

⁴³⁶ *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., préc., § 158.

⁴³⁷ *Köse et autres c/ Turquie*, préc.

⁴³⁸ G. Gonzalez, « L'interdiction du port du foulard islamique dans les universités turques est compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *AJDA*, 2006, n° 6, p. 315.

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ *Dogru et Kervanci c/ France*, préc., 70.

garanties suffisantes. Dans l'affaire *Leyla Sahin*⁴⁴¹, la Cour constate que « tout au long du processus décisionnel, les autorités universitaires ont cherché à adapter leur attitude à l'évolution du contexte pour ne pas fermer leurs portes aux étudiantes violées, en continuant à dialoguer avec celles-ci tout en veillant au maintien de l'ordre public et, en particulier, des exigences imposées par la formation dont il s'agit ». Dans les affaires *Dogru et Kervanci*⁴⁴², la Cour se penche sur la procédure disciplinaire pour noter que cette procédure a permis de mettre en balance les divers intérêts en jeu. C'est ainsi qu'elle estime que le processus disciplinaire présente des garanties suffisantes, propres à protéger les intérêts des élèves⁴⁴³.

B. La validation des sanctions disciplinaires

130 **Choix des sanctions disciplinaires.** En ce qui concerne le choix des sanctions disciplinaire pour le non-respect de l'interdiction du port des signes religieux, la Cour refuse de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationale, puisque ces dernières « sont les mieux placées pour évaluer les besoins et le contexte local ou les exigences d'une formation donnée »⁴⁴⁴. C'est en considérant que la décision relève de la marge d'appréciation nationale que la Cour européenne parvient à affirmer les sanctions les plus graves comme la sanction d'exclusion d'un établissement scolaire même si cette sanction semble aller à l'encontre du droit d'accès à l'instruction. En se fondant sur l'article 9 de la Convention, la Cour considère que la sanction de l'exclusion définitive d'un établissement scolaire public n'apparaissait pas disproportionnée⁴⁴⁵. La sanction de l'exclusion d'un établissement scolaire est également validée par la Cour sur le fondement de l'article 2 du Protocole n° 1. En faisant référence à sa jurisprudence habituelle des affaires *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni* du 25 février 1982⁴⁴⁶, elle considère que le droit à l'instruction n'excluait pas en principe le recours à des mesures disciplinaires, y compris des mesures d'exclusion temporaire ou définitive d'un établissement d'enseignement⁴⁴⁷.

⁴⁴¹ *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., préc., § 120.

⁴⁴² *Dogru et Kervanci c/ France*, préc., § 74.

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ *Ibid.*, § 75.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, § 76 ; *Tuba Aktas c/ France*, préc.

⁴⁴⁶ *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni* du 25 février 1982, req. n° 7511/76 et 7743/76, § 33 : *JDI* 1985, 191, obs. P. Tavernier.

⁴⁴⁷ *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., préc., § 156 ; *Dogru et Kervanci c/ France*, préc., § 83.

131 Effectivité du droit d'accès à l'instruction. Le problème est que dans l'affaire *Leyla Sahin c/ Turquie*⁴⁴⁸, cette sanction d'exclusion pose un véritable problème de l'effectivité du droit d'accès à l'instruction comme montre le juge Tulkens dans son opinion dissidente⁴⁴⁹, notamment parce que la mesure litigieuse est intervenue pendant le parcours universitaire de la requérante⁴⁵⁰. Selon le juge Tulkens, « en refusant à la requérante l'accès aux cours et aux épreuves [...], celle-ci a été privée *de facto* du droit d'accès à l'université et partant, du droit à l'instruction »⁴⁵¹. Le juge Tulkens a considéré que l'arrêt de la Grande chambre n'opérait aucune mise en balance des intérêts en présence : la requérante a été contrainte de quitter le pays et de terminer ses études à l'étranger en raison de ses convictions religieuses. De plus, le retour dans son pays pour y exercer sa profession sera problématique en raison des difficultés de reconnaissance des diplômes étrangers. Le préjudice causé à la requérante paraissait disproportionné en comparaison de l'avantage qui résultait pour la société turque, de l'interdiction du port du foulard par celle-ci dans l'enceinte universitaire.

132 Choix des établissements d'enseignement. Dans les arrêts dirigés contre la France, la validation de la sanction de l'exclusion définitive est, selon la Cour européenne, justifiée par la possibilité pour les requérants de poursuivre leur scolarité dans un établissement d'enseignement à distance⁴⁵² ou dans un établissement privé ou dans leur famille⁴⁵³. Mais ces solutions de substitution peuvent comporter quelques inconvénients par rapport à l'enseignement public. Selon le Professeur Gonzalez, l'enseignement dans le milieu familial et l'enseignement à distance n'offrent pas de meilleure solution en terme d'ouverture au monde extérieur. Quant aux établissements d'enseignement privé, ceux-ci sont souvent confessionnels et catholiques. Le problème qui peut se poser aussi est celui du financement des études puisque, contrairement à l'enseignement public qui est gratuit pour tous, les élèves et leurs parents doivent s'acquitter des frais de scolarité parfois élevés lorsqu'ils optent pour un établissement d'enseignement privé. Le Professeur Gonzalez souligne également que la sanction de

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ *Ibid.*, § 14 et s. de l'opinion dissidente.

⁴⁵⁰ En ce qui concerne la question de la prévisibilité de l'ingérence, la Cour européenne estime que le changement du règlement universitaire durant les études de la requérante était prévisible en raison de l'existence de la jurisprudence constitutionnelle et administrative antérieure et accessible (*Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., préc., §§ 79 à 98).

⁴⁵¹ § 15 et s. de l'opinion dissidente.

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ *Tuba Aktas c/ France*, préc.

l'exclusion définitive semble aller à contre-courant de la volonté d'intégration que poursuit tout système public d'éducation⁴⁵⁴. Toutefois, la position actuelle de la Cour européenne est de sacrifier le droit de manifester sa conviction, pour pouvoir accéder à l'instruction. Aux yeux de la Cour, c'est peut-être l'absence de manifestation de sa conviction dans un milieu scolaire qui peut permettre une meilleure intégration dans des Etats qui proclament le principe de laïcité comme un principe à valeur constitutionnelle.

Section 2 : La place de la religion dans le milieu scolaire et la diffusion des connaissances

133 Diffusion « directe » et « indirecte ». Dans les affaires concernant la diffusion des connaissances, la Cour européenne est amenée à se prononcer sur la diffusion « directe » des connaissances en rapport avec la religion, c'est-à-dire qu'elle contrôle la place de la religion dans le contenu de l'enseignement (§ 1). Rappelant que l'obligation inhérente à la deuxième phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 « ne vaut pas seulement pour le contenu de l'instruction et la manière de la dispenser » mais s'applique aussi à « l'aménagement de l'environnement scolaire lorsque le droit interne prévoit que cette fonction incombe aux autorités publiques »⁴⁵⁵, la Cour est également amenée à se prononcer sur la diffusion « indirecte » des connaissances en rapport avec la religion à travers la présence des signes religieux dans l'environnement scolaire (§ 2).

§ 1 : La place de la religion dans le contenu de l'enseignement

134 Solutions diverses. La diversité existante en Europe dans le rapport entre l'Etat et les religions se traduit notamment par les différentes façons dont les Etats organisent le programme scolaire en rapport avec la religion. Au sein du Conseil de l'Europe, seulement trois Etats membres dont la France n'organisent pas de cours de religion dans les écoles publiques⁴⁵⁶. Dans la plupart des Etats, des cours sont organisés avec un caractère obligatoire ou facultatif, de nature catéchétique, semi-confessionnelle,

⁴⁵⁴ G. Gonzalez, « Rideau sur le voile et autres signes ostensibles », préc.

⁴⁵⁵ *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., § 63.

⁴⁵⁶ *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., § 30.

morale ou civique⁴⁵⁷. Face à la diversité dans l'organisation des cours sur la religion, la Cour européenne se trouve à concilier la marge d'appréciation des Etats dans l'organisation des programmes d'enseignement dans les écoles publiques avec le droit des parents au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques et le droit de l'enfant à l'instruction.

135 Dispense des cours. Les arrêts soumis à la Cour européenne concernent essentiellement l'impossibilité pour les parents de faire dispenser des cours de religion de leurs enfants. Dans l'affaire *Folgero et autres c/ Norvège* du 29 juin 2007⁴⁵⁸, les requérants, membres de l'Association humaniste norvégienne, étaient des parents d'enfants scolarisés dans l'enseignement primaire. En 1997, à la suite d'une modification des programmes, deux matières distinctes ont été remplacées par un seul cours sur le christianisme, la religion et la philosophie (le « cours de K.R.L. »). Le régime de dispense a été changé et ne pouvait porter que sur certaines parties du cours de K.R.L. alors qu'auparavant, la dispense était possible pour l'intégralité du cours. Afin d'obtenir une dispense, la loi exigeait que les parents formulent une demande écrite et motivée pouvant aboutir à une dispense partielle des matières dont ils estimaient, du point de vue de leur propre religion ou philosophie de vie, qu'elles revenaient à pratiquer une autre religion ou à embrasser une autre philosophie de vie. Dans le même sens, l'affaire *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie* du 9 octobre 2007⁴⁵⁹ porte sur l'impossibilité pour un parent de demander une dispense d'un cours obligatoire de culture religieuse et connaissance morale qui fait une très large place à l'Islam sunnite. En l'espèce, la fille de M. Hasan Zengin, ce dernier de confession alévis – une branche minoritaire de l'Islam en Turquie – fréquentait une classe de 7^e à l'école publique et était tenue de suivre un cours obligatoire de culture religieuse et connaissance morale. Estimant cet enseignement incompatible avec le respect de ses propres croyances, le père de la jeune fille fit une demande de dispense qui lui fut refusée. Dans les deux affaires, la Cour européenne a conclu à la violation de l'article 2 du Protocole n°1 en faveur du respect des convictions des parents.

⁴⁵⁷ Voir notamment R. Debray, *L'enseignement du fait religieux dans l'école laïque*, Rapport au ministre de l'Education nationale, Odile Jacob, Paris, 2002, pp. 44-45 ; M. Estivalèzes, *Les religions dans l'enseignement laïque*, Paris, P.U.F., 2005

⁴⁵⁸ *Folgero et autres c/ Norvège* du 29 juin 2007, req. n° 15472/02 : *RTDH* 2008, p. 251, obs. G. Gonzalez ; *JDI* 2008, n° 3, chron. 5, p. 820, obs. S. Millan.

⁴⁵⁹ *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie* du 9 octobre 2007, req. n° 1448/04 : *JCP G* 2008, n° 4, p. 21, obs. F. Sudre.

136 Position de la Cour européenne. Face à la question de la demande de dispense des cours en rapport avec la religion, la Cour européenne dégage un principe général concernant l'organisation des programmes scolaires en ce domaine. Pour la Cour, s'il est possible d'organiser les programmes scolaires en rapport avec la religion, elle entend encadrer strictement cette possibilité (A.) et au vu de sa jurisprudence en la matière, il semble que la Cour a une tendance à favoriser un enseignement religieux pluraliste (B.).

A. La possibilité encadrée d'organiser les programmes scolaires en rapport avec la religion

137 Marge d'appréciation réduite. Selon la Cour européenne, « la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n°1 n'empêche pas les Etats de répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique »⁴⁶⁰. Il est donc possible de diffuser des connaissances ayant un caractère religieux dans les programmes scolaires. Toutefois, contrairement à l'organisation de l'enseignement en rapport avec la philosophie⁴⁶¹, la marge d'appréciation de l'Etat se réduit considérablement lorsqu'il s'agit d'organiser les cours en rapport avec la religion. La Cour européenne entend contrôler strictement la manière dont les connaissances sont diffusées dans l'enseignement dispensé. Le contrôle conventionnel s'effectue en deux temps comme rappelé dans l'affaire *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie* : « la Cour doit déterminer en premier lieu si le contenu de cette matière est diffusé de manière objective, critique et pluraliste en vue de s'assurer qu'il est compatible avec les principes qui se dégagent de la jurisprudence concernant la deuxième phrase de l'article 2 du Protocole n° 1. En deuxième lieu, elle examinera la question de savoir si des moyens appropriés sont instaurés dans le système éducatif turc aux fins d'assurer le respect des convictions des parents »⁴⁶². Concrètement, la Cour contrôle donc d'une part, le contenu des programmes scolaires (1°) et d'autre part, la possibilité de dispense (2°).

⁴⁶⁰ *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 53.

⁴⁶¹ Voir *Supra.*, n° 92 et s.

⁴⁶² *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., § 57.

1° Le contrôle du contenu des programmes scolaires

138 Endoctrinement interdit. Selon la Cour européenne, la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 implique que l'Etat, « en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se place la limite à ne pas dépasser »⁴⁶³.

139 Enseignement de la religion majoritaire de l'Etat. Consciente de l'importance de l'histoire et la tradition de chaque Etat membre, la Cour européenne rappelle d'abord, dans l'affaire *Folgero et autres c/ Norvège* qu' « eu égard à la place qu'occupe le christianisme dans l'histoire et la tradition norvégienne, il y a lieu de considérer que cette question relève de la marge d'appréciation dont jouit l'Etat défendeur pour définir et aménager le programme des études »⁴⁶⁴. L'importance qu'elle accorde à l'histoire et à la tradition de chaque Etat amène la Cour européenne à accepter que l'Etat puisse accorder une plus large part de l'enseignement à la religion majoritaire du pays. Ainsi, la Cour a estimé dans l'affaire *Folgero et autres c/ Norvège* que « le fait que le programme de l'enseignement primaire et du premier cycle de l'enseignement secondaire accorde une plus large part à la connaissance du christianisme qu'à celle des autres religions et philosophies ne saurait, aux yeux de la Cour, passer en soi pour une entorse aux principes de pluralisme et d'objectivité susceptible de s'analyser en un endoctrinement »⁴⁶⁵. Il est à noter que la Norvège est un Etat confessionnel dont la religion évangélique luthérienne est la religion officielle à laquelle appartient 86% de sa population⁴⁶⁶. Mais la Cour arrive à la même conclusion lorsqu'un Etat laïc est concerné. Dans l'affaire *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, si la Cour estime que le principe de laïcité turc interdisait à l'Etat de témoigner une préférence pour une religion ou croyance précise⁴⁶⁷, elle valide une plus large part accordée à la connaissance de l'islam « eu égard au fait que la religion musulmane est majoritairement pratiquée en

⁴⁶³ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 53, *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 84 h).

⁴⁶⁴ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 89.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ *Ibid.*, § 9.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, § 59

Turquie, nonobstant le caractère laïc de cet Etat »⁴⁶⁸. Cette approche se retrouve tout à fait lorsque la Cour européenne examine la compatibilité de la présence des signes religieux dans les écoles publiques avec le respect de l'article 2 du Protocole n° 1⁴⁶⁹.

140 **Contrôle strict.** Ainsi, si une plus large part faite à une religion dans les programmes scolaires n'est pas en soi incompatible avec son devoir de neutralité et d'impartialité, la participation à ces cours est pour la Cour européenne « de nature à influencer les esprits des jeunes enfants »⁴⁷⁰. La Cour précise que « des abus peuvent se produire dans la manière dont telle école ou tel maître applique les textes en vigueur et il incombe aux autorités compétentes de veiller avec le plus grand soin à ce que les convictions religieuses et philosophiques des parents ne soient pas heurtées à ce niveau par imprudence, manque de discernement ou prosélytisme intempestif »⁴⁷¹. C'est pourquoi la Cour européenne entend contrôler strictement la manière dont les connaissances sont diffusées dans l'enseignement dispensé. Concrètement, la Cour recherche, au delà de l'appellation formelle des cours, « si les informations ou connaissances figurant au programme sont diffusées de manière objective, critique et pluraliste » et « si ce déséquilibre pouvait passer pour avoir été contenu dans des limites acceptables au sens de l'article 2 du Protocole n° 1 »⁴⁷². Elle rappelle que « lorsque les Etats contractants intègrent l'enseignement du fait religieux dans les matières des programmes d'étude, indépendamment des modalités de dispense, les parents d'élèves peuvent légitimement s'attendre à ce que de telles matières soient enseignées de manière à répondre aux critères d'objectivité et de pluralisme, en respectant leurs convictions religieuses ou philosophiques »⁴⁷³. La position de la Cour européenne est confortée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, notamment dans son *Observation générale n° 22*⁴⁷⁴, qui estime que « le § 4 de l'article 18 [du Pacte international relatif aux droits civils et politiques] permet d'enseigner des sujets tels que l'histoire générale des religions et des idées dans les établissements publics », mais « à condition que cet enseignement soit dispensé de façon neutre et objective ».

⁴⁶⁸ *Ibid.*, § 63

⁴⁶⁹ Voir *Infra.*, n° 150.

⁴⁷⁰ *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., § 64.

⁴⁷¹ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 54 ; *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 84 i).

⁴⁷² *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 96 ; *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., § 64.

⁴⁷³ *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., § 68.

⁴⁷⁴ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observation générale n° 22* du 20 juillet 1993, § 6.

141 **Différence qualitative.** Dans l'arrêt *Folgero et autres c/ Norvège* par exemple, le cours de K.R.L. était présenté par les autorités norvégiennes comme un cours d'éveil à la connaissance des religions et idées philosophiques, alors qu'en réalité, il s'agissait d'un véritable cours d'instruction religieuse. La Cour européenne souligne qu'un poids prépondérant était accordé au christianisme, notamment par le biais de la référence à la clause de vocation chrétienne figurant dans la loi de 1998 sur l'éducation et que la moitié environ des points énumérés dans le programme, se rapportait au seul christianisme tandis que le restant se partageait entre les autres religions et philosophies. Combinée à la clause de vocation chrétienne, la description du contenu du cours de K.R.L., malgré le but affiché par le Gouvernement, donnait à penser que « des différences non seulement quantitatives mais aussi qualitatives distinguaient l'enseignement du christianisme de celui des autres religions et philosophies »⁴⁷⁵. Dans ce contexte, la Cour a du mal à voir « comment pouvait bien être atteint le but consistant à promouvoir la compréhension, le respect et l'aptitude au dialogue entre des personnes ayant des croyances et convictions différentes »⁴⁷⁶. Dans le même sens, la Cour estime dans l'affaire *Hasan et Eylem Zengin* que, malgré le but affiché par le Gouvernement, l'enseignement réellement dispensé ne pouvait être considéré comme répondant aux critères d'objectivité et de pluralisme ni comme respectant les convictions des parents. Selon elle, dans le cours de « culture religieuse et connaissance morale », la diversité religieuse qui prévalait dans la société turque n'a pas été prise en considération, plus particulièrement dans le cas concret des requérant, adhérant à la confession des alévis. En observant que la confession des alévis constituait une conviction religieuse profondément enracinée dans la société et l'histoire turque, à laquelle adhérait une partie importante de la population turque, la Cour a constaté que le contenu du cours demeure manifestement insuffisante à ce sujet⁴⁷⁷.

142 **Modalités d'exercice.** Les modalités d'exercice de la religion font parties des critères que la Cour européenne prend en considération lorsqu'elle examine la compatibilité de la manière de diffuser les connaissances avec l'article 2 du Protocole n° 1. Ainsi, elle a estimé dans l'affaire *Folgero et autres c/ Norvège* que le fait de participer à certaines des activités – comme par exemple, l'obligation d'assister, même

⁴⁷⁵ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 95.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., § 70.

passivement, à des prières psaumes chantés, à des services à l'église –, « notamment pour les jeunes enfants, était de nature à influencer leur esprit de telle manière qu'une question se pose sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 1 »⁴⁷⁸.

2° Le contrôle de la possibilité de dispense

143 Exigence. Constatant dans les affaires *Folgero et autres c/ Norvège* et *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie* que les limites acceptables au sens de l'article 2 du Protocole n° 1 ont été dépassées et que les cours ne se déroulaient pas de manière « objective, critique et pluraliste »⁴⁷⁹, la Cour européenne se doit de rechercher ensuite si la possibilité pour les parents de demander une dispense du cours est suffisante pour contrebalancer le déséquilibre dans les programmes scolaires dans les cas d'espèce. La Cour européenne semble ainsi faire du mécanisme de dispense, le centre de la protection des convictions religieuses et philosophiques des parents⁴⁸⁰, ou le « verrou de sécurité du pluralisme éducatif »⁴⁸¹. La possibilité pour les parents de demander une dispense des cours pour leurs enfants est donc soumise à un contrôle strict de sa part. La position de la Cour européenne va dans le même sens que § 4 de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui prévoit que « l'éducation publique incluant l'enseignement d'une religion particulière est incompatible avec [cette disposition], à moins qu'elle ne prévoie des exemptions ou des possibilités de choix non discriminatoires correspondant aux vœux des parents ». La position de la Cour est également confortée par le consensus européen et elle fait observer que la quasi-totalité des Etats membres offrent au moins un moyen permettant aux élèves de ne pas suivre un enseignement religieux, en prévoyant un mécanisme d'exemption, en donnant la possibilité de suivre une matière de substitution, ou en laissant toute liberté de s'inscrire ou non à un cours de religion⁴⁸².

144 Exercice difficile de la demande de dispense. La Cour européenne reproche essentiellement aux Etats membres l'instauration d'un mécanisme de dispense trop compliqué soumettant les parents « à une lourde charge »⁴⁸³ et/ou à un mécanisme qui

⁴⁷⁸ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., §§ 94 et 98.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, § 102 ; *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., § 70.

⁴⁸⁰ C. Ruet, « Les droits individuels face au phénomène religieux dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2012, n° 91, p. 507.

⁴⁸¹ G. Gonzalez, « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse », préc.

⁴⁸² *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., §§ 30 à 34.

⁴⁸³ *Ibid.*, § 76.

n'encourage pas les parents à exercer leur demande car ils sont obligés de dévoiler leurs convictions. Par exemple, dans l'affaire *Folgero*, la demande de dispense pour un enfant pouvait se faire, d'après la législation en vigueur à l'époque des faits, « sur présentation d'un mot écrit de ses parents »⁴⁸⁴. La dispense ici ne pouvait être que partielle car il est prévu qu'« un élève se verra dispensé des parties de l'enseignement assuré dans l'école fréquentée dont ceux-ci estiment, du point de vue de leur propre religion ou philosophie de vie, qu'elles reviennent à pratiquer une autre religion ou à embrasser une autre philosophie de vie »⁴⁸⁵. La Cour trouve que ce mécanisme manquait de caractère raisonnable car pour fonctionner, les parents devaient être correctement informés dans le détail du contenu des cours prévus afin d'être en mesure d'identifier et de signaler à l'avance à l'école les parties qui leur paraissaient incompatibles avec leurs propres convictions et croyances, ce qui pouvait « constituer une gageure tant pour les parents que pour les professeurs »⁴⁸⁶. La Cour souligne que la possibilité de dispense offerte aux parents doit être réellement exercée et c'est ainsi qu'elle a condamné une possibilité de dispense pouvant être qualifiée comme « fictive »⁴⁸⁷. Dans l'affaire *Folgero*, le Gouvernement a montré que pour certaines activités « comme les prières, les hymnes chantés, les services à l'église et les pièces de théâtre scolaires, il était proposé que les élèves se contentent d'y assister en spectateurs au lieu d'y participer en s'impliquant ». Toutefois, la Cour n'est pas convaincue de la distinction entre « activité et connaissance », distinction qui, selon elle, « a non seulement dû être difficile à appliquer, mais a aussi probablement réduit de manière notable le caractère effectif du droit de dispense partielle en tant que tel »⁴⁸⁸.

145 Révélation des convictions religieuses et philosophiques. La Cour européenne condamne également les Etats dans l'instauration d'un mécanisme de dispense obligeant les parents, pour faire fonctionner le mécanisme, de dévoiler leurs convictions religieuses et philosophiques. Par exemple, dans l'arrêt *Folgero*, la Cour a observé que « sauf dans les cas où la demande de dispense portait sur des activités clairement religieuses et où il n'y avait pas besoin de justification, les parents devaient fournir des motifs raisonnables à l'appui de leur demande pour obtenir une dispense

⁴⁸⁴ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 23.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ *Ibid.*, § 97.

⁴⁸⁷ G. Gonzalez, « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse », préc.

⁴⁸⁸ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 99.

partielle » et que « le risque que les parents se sentent contraints de dévoiler auprès des établissements scolaires des aspects intimes de leurs convictions religieuses et philosophiques était inhérent à la condition voulant qu'ils donnent des motifs raisonnables à l'appui de leur demande de dispense partielle »⁴⁸⁹. Ces contraintes peuvent donc décourager les parents qui préfèrent finalement s'abstenir de solliciter une dispense⁴⁹⁰. Dans l'affaire *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, le mécanisme de dispense pouvait même être considéré comme discriminatoire⁴⁹¹. D'une part, les parents devaient au préalable déclarer auprès des établissements scolaires qu'ils adhéraient à la religion chrétienne ou juive pour que leurs enfants soient dispensés de ce cours⁴⁹². D'autre part, la possibilité de dispense était uniquement offerte aux élèves ayant des parents adhérant à la religion chrétienne ou turque et les enfants musulmans étaient obligés de suivre des cours. A l'instar de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, la Cour estime que cette situation était critiquable, dans la mesure où « s'il s'agit bien d'un cours sur les différentes cultures religieuses, le fait de limiter le caractère obligatoire du cours aux enfants musulmans n'aurait pas lieu d'être. Par contre, si le cours vise essentiellement à enseigner la religion musulmane, en tant que cours sur une religion spécifique, il ne devrait pas avoir de caractère obligatoire pour préserver la liberté religieuse des enfants et de leurs parents »⁴⁹³. La Cour observe que les parents ayant d'autres convictions pouvaient formuler une demande d'exemption mais selon elle, « le fait que les parents se sentent obligés de dévoiler aux autorités scolaires leurs convictions religieuses ou philosophiques rend ce moyen inapproprié à assurer le respect de leur liberté de conviction »⁴⁹⁴.

B. L'enseignement religieux pluraliste favorisé

146 Liberté des Etats. Le Professeur Gonzalez⁴⁹⁵ observe que la Cour européenne donne une liberté à chaque Etat membre dans l'organisation de ses programmes scolaires en rapport avec la religion. Cet auteur montre que « l'Etat peut choisir de ne rien dire du tout de la religion. Il peut aussi, sans grand risque, opter pour

⁴⁸⁹ *Ibid.*, § 98.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ G. Gonzalez, « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse », préc.

⁴⁹² *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., § 73.

⁴⁹³ *Ibid.*, § 74.

⁴⁹⁴ *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., § 75.

⁴⁹⁵ G. Gonzalez, « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse », préc.

l'enseignement du fait religieux noyé dans les enseignements classiques d'histoire, de littérature, de géographie. Mais rien n'interdit à l'Etat, quelle que soit la nature de ses rapports avec les Eglises, ou une Eglise en particulier, de prévoir dans son programme éducatif des cours spécifiques sur la religion, voire des cours d'éducation religieuse de type catéchétique »⁴⁹⁶.

147 Position de la Cour européenne. Toutefois, il semble qu'une tendance se dessine en faveur d'un enseignement religieux dans les établissements publics qui soit plus tolérant et pluraliste et non pas strictement confessionnel⁴⁹⁷. Dans les arrêts *Folgero* et *Hasan et Eylem Zengin*, malgré le constat de violation de la Convention, la Cour européenne affirme l'intention des législateurs d'organiser les programmes scolaires ayant rapport avec la religion dans les écoles publiques. Selon elle, cette intention était conforme aux principes de pluralisme et d'objectivité consacrés par l'article 2 du Protocole n° 1. Dans l'affaire *Folgero*, la Cour rappelle que « l'intention qui a présidé à la création du cours de KRL était que le fait d'enseigner ensemble le christianisme et les autres religions et philosophies permettrait d'établir un environnement scolaire ouvert accueillant tous les élèves, quel qu'en fussent le milieu social, la foi religieuse, la nationalité, l'appartenance ethnique ou autre distinction. Le but était que l'école ne fût pas un lieu de prédication ou d'activités missionnaires mais un endroit où se rencontrent différentes convictions religieuses et philosophiques et où les élèves puissent apprendre à connaître les pensées et traditions les uns des autres »⁴⁹⁸. Elle souligne que l'intention des législateurs « plaçait l'accent sur la transmission d'une connaissance non seulement du christianisme mais aussi des autres religions et philosophies du monde. Elle insiste aussi sur la promotion de la compréhension, du respect et de l'aptitude au dialogue entre des personnes ayant des croyances et convictions différentes. [...] »⁴⁹⁹. De même, la Cour affirme l'intention des législateurs turcs dans l'affaire *Hasan et Eylem Zengin* dans l'organisation du cours de « culture religieuse et connaissance morale » qui visait à « développer une culture de paix et un contexte de tolérance »⁵⁰⁰. Elle félicite des objectifs affichés par l'Etat turc qui, par l'enseignement à l'école du fait religieux, consistait à « éduquer des hommes ayant des

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ L.-A. Sicilianos, « La liberté de diffusion des conventions religieuses », in J.-F. Flauss (dir.), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2002, spec. p. 205.

⁴⁹⁸ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 88.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, § 89.

⁵⁰⁰ *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., § 58.

connaissances sur le développement historique du judaïsme, du christianisme, de l'hindouisme et du bouddhisme, sur leurs spécificités principales et le contenu de leur doctrine, et pouvant apprécier selon des critères objectifs la place de l'islam face au judaïsme et au christianisme »⁵⁰¹ et entendait « lutter contre le fanatisme dans le respect du « principe de laïcité » contrôlé par le juge administratif »⁵⁰².

148 Nécessité de transmettre les connaissances. La Cour européenne semble donner beaucoup d'importance à la nécessité de transmettre aux enfants les connaissances en rapport avec la religion pour ne pas les laisser dans l'ignorance à ce sujet. Rappelant la compétence de principe de l'Etat dans la définition et l'aménagement du programme des études⁵⁰³, elle estime dans l'affaire *Folgero* que « la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 ne renferme aucunement le droit pour les parents de laisser leurs enfants dans l'ignorance en matière de religion et de philosophie »⁵⁰⁴. Dans l'affaire *Hasan et Eylem Zengin*, elle estime que « dans une société démocratique, seul un pluralisme éducatif peut permettre aux élèves de développer un sens critique à l'égard du fait religieux dans le cadre de la liberté de pensée, de conscience et de religion »⁵⁰⁵. De même, elle décide dans l'affaire *Appel-Irrgang et autres c/ Allemagne* du 6 octobre 2009⁵⁰⁶ que l'Etat peut refuser la dispense d'un enseignement éthique qui « entend transmettre une base de valeurs commune aux élèves et [les] éduquer à s'ouvrir à des personnes adhérant à d'autres croyances que la leur », la Convention ne contenant pas « un droit comme tel à ne pas être exposé à des convictions ou opinions contraires aux siennes ». De même, la Commission avait rappelé que s'il « protège contre l'endoctrinement religieux de l'Etat », l'article 2 du protocole n° 1 n'interdisait pas les dispositifs destinés « à fournir à tous les enfants une connaissance des faits religieux suffisante »⁵⁰⁷. La doctrine s'interroge également sur l'importance d'informer les enfants au sujet de la religion⁵⁰⁸. Selon le Professeur Gonzalez, « cette question est

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² *Ibid.*, § 59.

⁵⁰³ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 84 g).

⁵⁰⁴ *Ibid.*, § 89.

⁵⁰⁵ *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., § 69.

⁵⁰⁶ *Appel-Irrgang et autres c/ Allemagne* du 6 octobre 2009, req. n° 45216/07.

⁵⁰⁷ Commission, décision du 3 décembre 1986, *Angelini c/ Suède*, 3 DR 51, 41 ; décision du 9 septembre 1992, *Herman Sluijs c/ Belgique*, req. n° 17568/90.

⁵⁰⁸ M. Levinet, « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2011, p. 481 ; G. Gonzalez, « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse », préc. ; L.-A. Sicilianos, « La liberté de diffusion des convictions religieuses », préc.

récurrente depuis que l'inculture religieuse, qui est une forme de désinformation, est perçue comme un mal de notre temps paradoxalement propice au développement de l'intégrisme religieux, du sectarisme, mais aussi à des jugements à l'emporte-pièce aussi erronés que caricaturaux »⁵⁰⁹. L'auteur prend l'exemple de la France, Etat ouvertement laïc qui s'interroge finalement sur la possibilité de développer l'enseignement du fait religieux, qui doit être distingué de l'enseignement religieux proprement dit⁵¹⁰. Le débat portait sur la possibilité, non pas de mettre en place une discipline nouvelle en rapport avec la religion, mais d'étudier les faits religieux en tant que faits sociaux à travers les disciplines existantes comme l'histoire et la philosophie. Le Professeur Sicilianos, quant à lui, estime qu' « on croit pouvoir affirmer que pour être conforme à l'article 2 du Protocole additionnel et, plus généralement, à l'esprit de la Convention [...], l'enseignement religieux dans les établissements publics devrait être polyphoniques » et « offrant des informations objectives sur les religions majeurs dans le monde, tenant compte, le cas échéant, de l'existence de communautés religieuses minoritaires »⁵¹¹. Selon l'auteur, « l'histoire récente montre à quel point cette ignorance mutuelle peut contribuer à la création de tensions susceptibles d'avoir des conséquences désastreuses pour la paix sociale dans le pays, voire pour la paix et la sécurité internationale »⁵¹².

149 Textes internationaux. La position de la Cour va dans le même sens que les textes auxquels elle fait référence. Ainsi, l'article 13 ii) de la Recommandation n° 1396 (1999)⁵¹³ et l'article 14 de la Recommandation 1720 (2005)⁵¹⁴ de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, invite « les gouvernements des Etats membres à veiller à l'enseignement du fait religieux aux niveaux primaire et secondaire de l'Education nationale » et vise à « encourager les Etats à promouvoir l'éducation en matière religieuse dans un approche du pluralisme éducatif permettant aux enfants de comprendre l'histoire des principales religions en tout neutralité et de pouvoir

⁵⁰⁹ G. Gonzalez, « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse », préc.

⁵¹⁰ R. Debray, *L'enseignement du fait religieux dans l'école laïque*, Rapport au ministre de l'Education nationale, Odile Jacob, Paris, 2002, pp. 44-45 : L'auteur plaide pour une approche du « religieux comme objet de culture » selon une approche « objectivante » et non comme « objet de culte » selon une « approche confessante ».

⁵¹¹ L.-A. Sicilianos, « La liberté de diffusion des convictions religieuses », préc.

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ La Recommandation 1396 (1999) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la religion et la démocratie, adoptée le 27 janvier 1999.

⁵¹⁴ La Recommandation 1720 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, adoptée le 4 octobre 2005.

développer un sens critique en la matière». La Cour européenne fait également référence à la Recommandation de l'ECRI⁵¹⁵ : celle-ci a recommandé aux gouvernements des Etats membres « de veiller à ce que l'enseignement des religions à l'école respecte le pluralisme culturel et d'assurer la formation des enseignants à cet effet ». En outre, selon l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), « l'éducation doit mettre toute personne en mesure de jouer un rôle dans une société libre, favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux et encourager le développement des activités des Nations Unies pour le maintien de la paix ». L'article 5 § 3 de la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1981 sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction précise que l'enfant doit être élevé dans un esprit « de respect de la liberté de religion ou de conviction d'autrui ».

§ 2 : La place de la religion dans l'environnement scolaire

150 Exposition du crucifix. Le crucifix aposté sur le mur d'un établissement public d'enseignement n'est pas qu'un simple objet et celui-ci peut faire l'objet de l'opposition des parents au nom du respect de leurs convictions religieuses et philosophiques. L'affaire *Lautsi c/ Italie* du 18 mars 2011⁵¹⁶ soulève cette question. En Italie, l'exposition du crucifix dans les salles de classe des écoles publiques est obligatoire et cette obligation tire sa source des deux décrets royaux de 1924 et 1928⁵¹⁷. Estimant que la présence du crucifix dans les salles de classe de l'école publique fréquentée par ses filles constituait une violation du principe de laïcité, une mère italienne a saisi le tribunal administratif qui a rejeté son recours. Selon le tribunal administratif italien⁵¹⁸, confirmé par le Conseil d'Etat⁵¹⁹, la présence du crucifix dans

⁵¹⁵ La Recommandation de politique générale n° 5 sur « la lutte contre l'intolérance et les discriminations envers les musulmans » (CRI(2000) 21, 27 avril 2000).

⁵¹⁶ *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., du 18 mars 2011, req. n° 30814/06 : *RTD Civ.* 2011, n° 2, p. 303, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2011, n° 14, p. 949, obs. O. Bachelet ; *RJPF* 2011, n° 7, p. 18, obs. E. Putman ; *JCP G* 2011, n° 35, p. 1506, obs. F. Sudre ; *AJDA* 2011, n° 35, p. 2004, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *JCP G* 2011, note 601, obs. G. Gonzalez ; *Dr. fam.* 2011, n° 5, alerte 37, obs. M. Bruggeman ; *JCP A* 2011, n° 13, act. 233 ; *JCP A* 2011, n° 28, 2251, obs. F. Dieu.

⁵¹⁷ Article 118 du décret royal n° 965 du 30 avril 1924 (règlement intérieur des établissements d'instruction moyenne) et article 119 du décret royal n° 1297 du 26 avril 1928 (approbation du règlement général des services d'enseignement primaire).

⁵¹⁸ T.A., 17 mars 2005, voir *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., § 15.

⁵¹⁹ C.E., 13 février 2006, voir *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., § 16.

les salles de classe des écoles publiques ne se heurtait pas au principe de laïcité de l'Etat, qui faisait « partie du patrimoine juridique européen et des démocraties occidentales ». Le tribunal a estimé notamment que le crucifix était davantage un symbole du christianisme en général que du seul catholicisme, de sorte qu'il renvoyait à d'autres confessions. Il a considéré de surcroît qu'il s'agissait d'un symbole historico-culturel, ayant une « valeur identitaire » pour le peuple italien, ainsi qu'un symbole du système de valeurs inhérent à la charte constitutionnelle italienne. C'est ainsi que Mme Lautsi a saisi la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant que l'exposition de la croix violait son droit de leur assurer une éducation et un enseignement conformes à ses convictions religieuses et philosophiques ainsi que le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

151 Applicabilité de l'article 2 du Protocole n° 1. La Cour européenne affirme que l'obligation inhérente à la deuxième phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, intéresse l'ensemble des fonctions dont les Etats se chargent en matière d'éducation et d'enseignement. Elle précise que l'obligation « ne vaut pas seulement pour le contenu de l'instruction et la manière de la dispenser » et s'applique à « l'aménagement de l'environnement scolaire lorsque le droit interne prévoit que cette fonction incombe aux autorités publiques »⁵²⁰. C'est pourquoi la Cour européenne est amenée à examiner la question de la présence du crucifix dans des salles de classe des écoles publiques italiennes sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 1. La chambre avait considéré que la présence du crucifix dans des salles de classe était contraire au droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs convictions et au droit des enfants à la liberté de religion. L'obligation pour l'Etat était « de s'abstenir d'imposer, même indirectement, des croyances, dans les lieux où les personnes sont dépendantes de lui ou encore dans les endroits où elles sont particulièrement vulnérables »⁵²¹. Contrairement à la chambre, la Grande chambre estime qu'il est possible pour les Etats d'afficher sa préférence religieuse à travers les signes religieux pouvant figurer dans les lieux d'établissement scolaire (A.). Mais cette admission, pour la Cour, doit s'accompagner des « preuves de tolérance » de la part de l'Etat (B.).

⁵²⁰ *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., § 63.

⁵²¹ *Lautsi c/ Italie*, du 3 novembre 2009, req. n° 30814/06 : *D.* 2009, n° 43, p. 2872, obs. P. Muzny ; *AJDA* 2010, n° 10, p. 563, obs. C. Pauti ; *RTDH* 2010, n° 82, p. 467, obs. G. Gonzalez ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 94-98, p. 12, obs. D. Amson ; *Journal de Droit européen* 2010, n° 169, p. 133.

A. L'admission de l'exposition des signes religieux dans des salles de classe des écoles publiques

152 Justification. La Grande chambre considère que « le crucifix est avant tout un symbole religieux »⁵²² mais elle observe qu' « il n'y a pas [...] d'éléments attestant l'éventuelle influence que l'exposition sur des murs de salles de classe d'un symbole religieux pourrait avoir sur les élèves » et « on ne serait donc raisonnablement affirmer qu'elle a ou non un effet sur de jeunes personnes, dont les convictions ne sont pas encore fixées »⁵²³. Selon la Grande chambre, l'admission de la présence du crucifix dans les salles de classe est justifiée, d'une part, par le respect de l'histoire et la tradition des Etats membres (1°) et est d'autre part liée au fait que sa présence n'est pas en soi considérée comme un endoctrinement (2°).

1° Une solution respectueuse de l'histoire et la tradition des Etats

153 Pluralité de significations. A l'opposé de la chambre qui avait considéré que « le symbole de crucifix a une pluralité de significations parmi lesquelles la signification religieuse est prédominante »⁵²⁴, la Grande chambre a validé l'argumentaire italien selon lequel la présence du crucifix dans les salles de classe des écoles publiques, au-delà de sa signification religieuse, était aussi et surtout « le fruit de l'évolution historique de l'Italie, ce qui lui donne une connotation non seulement culturelle mais aussi identitaire »⁵²⁵.

154 Décision de perpétuer une tradition. Selon le Gouvernement italien, sa présence dans les salles de classe se justifiait par le fait qu'il s'agissait d'une tradition qu'il jugeait important de perpétuer⁵²⁶. Sur ce point, la Grande chambre estime d'abord qu'en raison d'une grande diversité entre les Etats membres, la décision de perpétuer ou non une tradition relevait en principe de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur⁵²⁷. La position de la Cour est ainsi respectueuse de la souveraineté des Etats membres et surtout respectueuse de l'histoire et la tradition de chacun de ces Etats. La question de

⁵²² *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., § 66.

⁵²³ *Ibid.*, § 66.

⁵²⁴ *Lautsi c/ Italie*, l'arrêt de chambre, préc., § 51.

⁵²⁵ *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., § 67.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., §§ 67 et 70.

l'identité nationale est souvent invoquée par la doctrine⁵²⁸, et il semble que la Cour fait ici preuve de sagesse « car il ne lui appartient pas de se faire juge des traditions nationales et d'imposer à un Etat partie de renoncer à un élément de son identité culturelle au seul motif que celui-ci a une origine religieuse »⁵²⁹. Dans son opinion concordant, le juge Bonello s'exprimait dans le même sens et selon lui, « une cour européenne ne doit pas être invitée à ruiner des siècles de tradition européenne »⁵³⁰.

155 Absence de consensus. La Grande chambre estime également que l'absence de consensus européen sur la question de la présence des symboles religieux dans les écoles publiques, conforte l'approche selon laquelle le choix en ce domaine relevait de la marge d'appréciation de chaque Etat⁵³¹. En effet, la majorité des Etats membres est silencieuse : la question de la présence de symboles religieux dans les écoles publiques ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique⁵³² et on trouve de tels symboles dans les écoles publiques de certains de ces Etats⁵³³. Leur présence est expressément interdite dans un petit nombre d'Etats membres dont la France sauf en Alsace et en Moselle⁵³⁴ et elle est expressément prévue dans quelques Etats membres. Le choix offert aux Etats semble être logique par rapport à l'absence de consensus puisque « comment la Cour pourrait-elle, de sa propre autorité et contre la volonté d'un Etat, interdire à cet Etat ce qu'une infime minorité seulement d'Etats européennes a décidé d'interdire ? Reconnaître à la Cour cette possibilité de créer des normes et principes de comportements s'imposant aux Etats sans égard pour leur souveraineté reviendrait à lui accorder un véritable pouvoir normatif en matière de droits et libertés fondamentaux. [...] »⁵³⁵.

2° L'absence d'endoctrinement dans la présence de crucifix dans des salles de classe

156 Contrôle européen. La Cour européenne accepte l'argumentaire italien selon lequel la présence de crucifix dans des salles de classe des écoles publiques était

⁵²⁸ J.-C. Barbato et J.-D. Mouton, *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats membres de l'UE, réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité* : Bruylant, 2010, coll. *Droit de l'UE*.

⁵²⁹ F. Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Chronique par Frédéric Sudre » *JCP G* 2011, n° 35, doctr. 914.

⁵³⁰ Voir l'opinion concordante du juge Bonelle rattachées à l'arrêt *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., §§ 1.1 et s.

⁵³¹ *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., §§ 26 à 28.

⁵³² *Ibid.*, § 26.

⁵³³ *Ibid.*, § 27.

⁵³⁴ *Ibid.*, § 27.

⁵³⁵ F. Dieu, « Autorisation des crucifix dans les écoles italiennes : le droit reconnu à l'Etat de manifester son héritage religieux », *JCP A* 2011, n° 28, 2251.

nécessaire dans le but de perpétuer une tradition mais elle souligne ensuite, que « l'évocation d'une tradition ne saurait exonérer un Etat contractant de son obligation de respecter les droits et libertés consacrés par la Convention et ses Protocoles »⁵³⁶. Selon la Cour, si le choix de la présence de crucifix dans les salles de classe relève de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur, « cette marge d'appréciation va toutefois de pair avec un contrôle européen »⁵³⁷ et la tâche de la Cour consiste en l'occurrence à s'assurer que « ces choix ne conduisent pas à une forme d'endoctrinement »⁵³⁸. Ainsi, si la Grande chambre accepte la politique de l'Italie d'afficher le crucifix dans les salles de classe des écoles publiques, c'est également parce qu'elle considère que sa présence n'est pas en soi considérée comme un endoctrinement.

157 Place donnée à la religion majoritaire de l'Etat. Selon la Grande chambre, l'obligation d'afficher le crucifix dans les salles de classe « ne suffit toutefois pas en soi pour caractériser une démarche d'endoctrinement de la part de l'Etat défendeur »⁵³⁹, quand bien même un tel dispositif « donne à la religion majoritaire du pays une visibilité prépondérante dans l'environnement scolaire »⁵⁴⁰. Pour expliquer sa position, elle fait référence à sa jurisprudence sur les cours axés sur la religion selon laquelle il est acceptable qu'une plus grande place soit accordée dans les programmes à la religion majoritaire du pays⁵⁴¹. Toutefois, il convient d'observer qu'il existe une différence dans les deux cas. En ce qui concerne des cours de religion, lorsqu'il s'agit d'un cours pouvant influencer l'esprit des jeunes, les parents ont la possibilité de demander une dispense pour leurs enfants⁵⁴². S'agissant d'un signe religieux affiché sur un mur donc visible par tout le monde, la dispense est difficile voire impossible puisqu'il est impossible de ne pas remarquer le crucifix dans les salles de classe. Les deux juges dissidents Malinverni et Kalaydjieva⁵⁴³, contestaient le caractère obligatoire de la présence du crucifix dans les salles de classe. Selon eux, « l'Etat ne saurait imposer à

⁵³⁶ *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., § 68.

⁵³⁷ *Ibid.*, § 70.

⁵³⁸ *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., § 69 ; dans le même sens, *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., §§ 50 à 53 ; *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 84 ; *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., §§ 51 et 52.

⁵³⁹ *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., préc., § 71.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 89 ; *Zengin*, préc., 63.

⁵⁴² *Voir Supra.*, n° 134 et s.

⁵⁴³ L'opinion dissidente du juge Malinverni, à laquelle se rallie la juge Kalaydjieva, § 1 et s.

des élèves, contre leur volonté et *sans qu'ils puissent s'y soustraire*, le symbole d'une religion dans laquelle ils ne se reconnaissent pas »⁵⁴⁴.

158 Symbole « essentiellement passif ». Contrairement à la chambre qui avait sanctionné « l'exposition obligatoire d'un symbole » car il s'agissait d'un « signe extérieur fort »⁵⁴⁵, et sans directement entrer dans le débat sur l'impossibilité de dispense, la Grande chambre, à juste titre⁵⁴⁶, choisit de qualifier le crucifix « un symbole essentiellement passif »⁵⁴⁷. Elle précise, d'une part, que la passivité d'un symbole affiché sur un mur ne pouvait exercer « une influence sur les élèves comparable à celle que peut avoir un discours didactique ou la participation à des activités religieuses »⁵⁴⁸. D'autre part, la Grande chambre, rejetant la référence de la chambre à l'affaire *Dahlab c/ Suisse* du 15 février 2001⁵⁴⁹, considère que le crucifix aposté sur un mur, était également différent du foulard islamique porté par une institutrice dans le cadre de son activité d'enseignement⁵⁵⁰. La différence entre la présence de crucifix avec les cours de religion est facile à comprendre car « par principe, l'expression d'une religion dans l'environnement scolaire s'expose moins au reproche ou au soupçon de prosélytisme que l'expression d'une religion dans l'enseignement scolaire. La marge d'appréciation de l'Etat [...] est donc encore plus importante lorsqu'il s'agit d'exprimer une religion dans le seul environnement scolaire »⁵⁵¹. Par ailleurs, la Cour constate que cette présence n'était pas associée à un enseignement obligatoire du christianisme⁵⁵². La différence avec le foulard porté par une institutrice est plus nuancée. Dans l'affaire *Dahlab c/ Suisse*, une institutrice convertie à l'Islam, se voyait interdit le port du foulard après avoir enseigné pendant trois ans ainsi couverte sans que cela pose apparemment de problème. La requête de cette institutrice a été déclarée irrecevable par la Cour européenne qui a considéré qu'il

⁵⁴⁴ *Ibid.*, § 8, nous soulignons.

⁵⁴⁵ *Lautsi c/ Italie*, l'arrêt de chambre, préc., § 54.

⁵⁴⁶ M. Levinet, « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2011, p. 481. – à *contrario*, J.-P. Marguénaud, « Avortement et crucifix : l'éclatant retour aux racines chrétiennes de l'Europe », *RTD Civ.* 2011, p. 303 : L'auteur considère qu'il s'agit d'un symbole passif, mais d'une violence inouïe car il s'agit d'une croix sur laquelle est cloué le corps d'un condamné à mort exécuté de la plus cruelle des façons.

⁵⁴⁷ *Lautsi c/ Italie*, gr. ch., préc., § 72.

⁵⁴⁸ *Ibid.*

⁵⁴⁹ *Dahlab c/ Suisse* du 15 février 2001, req., n° 42393/98 : *AJDA* 2001, 482, note J.-F. Flauss ; *RFDA* 2003, p. 536, obs. N. Chauvin.

⁵⁵⁰ *Lautsi c/ Italie*, l'arrêt de chambre, préc., § 54.

⁵⁵¹ F. Dieu, « Autorisation des crucifix dans les écoles italiennes : le droit reconnu à l'Etat de manifester son héritage religieux », préc.

⁵⁵² *Lautsi c/ Italie*, gr. ch., préc., § 74.

semblait « difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves ». La réponse de la Cour peut se comprendre par l'importance qu'elle apporte au contexte, estimant que « dans les circonstances données et vu surtout le bas âge des enfants dont la requérante avait la charge en tant que représentante de l'Etat », l'interdiction n'est pas déraisonnable⁵⁵³. La différence de traitement peut se justifier également par le fait qu'« il existe entre l'enseignant et les élèves, particulièrement les plus jeunes, une proximité et des relations physiques, psychologiques et affectives qui n'existent pas vis-à-vis d'un signe ou symbole qui n'est pas porté par une personne mais qui est seulement apposé sur un mur »⁵⁵⁴. C'est donc à juste titre⁵⁵⁵ que la Grande chambre estime, contrairement à la chambre, que le crucifix italien ne pouvait être qualifié de « signe extérieur fort » comme l'avait été le foulard islamique de l'enseignante suisse.

B. L'admission de l'exposition des signes religieux accompagnée des « preuves de tolérance »

159 Acceptation conditionnelle. Si la Cour européenne accepte que l'Etat puisse afficher des signes religieux dans des salles de classe des écoles publiques, cette admission doit s'accompagner des « preuves de tolérance », comme a montré l'Etat italien dans le cas d'espèce. Ainsi, la Grande chambre considère que « les effets de la visibilité accrue que la présence de crucifix donne au christianisme dans l'espace scolaire, mérite d'être encore relativisés » car « cette présence n'est pas associée à un enseignement obligatoire du christianisme » et « l'Italie ouvre parallèlement l'espace scolaire à d'autres religion »⁵⁵⁶. Elle constate également que « les requérants ne prétendent pas que la présence du crucifix dans les salles de classe a incité au développement de pratiques d'enseignement présentant une connotation prosélyte, ni ne soutiennent que les deuxième et troisième d'entre eux se sont trouvés confrontés à un

⁵⁵³ *Kurtulmus c/ Turquie* du 24 janvier 2006, req. n° 65500/01 : Il est à noter que la Cour européenne a également validé l'interdiction faite à une professeur d'université de porter le foulard islamique dans l'exercice de ses fonctions.

⁵⁵⁴ F. Dieu, « Autorisation des crucifix dans les écoles italiennes : le droit reconnu à l'Etat de manifester son héritage religieux », préc.

⁵⁵⁵ En ce sens F. Dieu, « Autorisation des crucifix dans les écoles italiennes : le droit reconnu à l'Etat de manifester son héritage religieux », *op. cit.* ; G. Gonzalez, « Droit à l'instruction et respect des convictions religieuses et philosophiques des parents », *JCP G* 2011, n° 20, 601.

⁵⁵⁶ *Lautsi c/ Italie*, gr. ch., préc., § 74.

enseignant qui, dans l'exercice de ses fonctions, se serait appuyé tendancieusement sur cette présence »⁵⁵⁷. Choisisant de répondre à cette question par le jeu de la marge d'appréciation, c'est donc l'ensemble des faits constatés qui fait définitivement pencher « l'application du critère de la proportionnalité »⁵⁵⁸ en faveur du respect par l'Etat des limites de sa marge d'appréciation.

160 Laïcité. La question de la laïcité n'a pas été étudiée par la Grande chambre. Cette dernière considère qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur la compatibilité de la présence du crucifix dans les salles de classe des écoles publiques avec le principe de laïcité tel qu'il se trouvait consacrée en droit italien⁵⁵⁹. De plus, la Cour constate qu'il existe des positions divergentes relatives à la signification du crucifix⁵⁶⁰ et il n'appartient pas à la Cour de prendre position sur un débat entre les juridictions internes⁵⁶¹. Mais si la Grande chambre ne s'est pas prononcée sur la question de laïcité, l'analyse doctrinale porte tout de même sur cette question, notamment en ce qui concerne la cohérence entre la solution dégagée et la jurisprudence antérieure portant sur cette question. Par exemple, par rapport à la jurisprudence concernant l'interdiction du port des signes religieux⁵⁶², la question qui se pose est de savoir « comment admettre qu'un Etat prévoit de telles interdictions, afin de protéger les élèves contre l'influences de signes religieux tout en autorisant à imposer la présence d'un tel signe, bien visible, dans les salles de classe des écoles publiques ? »⁵⁶³. D'autre part la question se pose également de savoir si « un Etat qui affiche sa préférence religieuse peut interdire à un enseignant de manifester la sienne par sa tenue vestimentaire ? »⁵⁶⁴.

161 Réciprocité. On peut penser qu'un Etat qui interdit aux élèves et/ou aux enseignants de manifester leur religion à travers leur tenue vestimentaire ne peut pas non plus, à son tour, afficher les signes religieux sur le mur des salles de classe des

⁵⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁵⁸ Voir opinion concordante des juges Rozakis et Vajic.

⁵⁵⁹ *Lautsi c/ Italie*, gr. ch., préc., § 57.

⁵⁶⁰ Voir *Lautsi c/ Italie*, gr. ch., préc., §§ 16 à 23 : Le Conseil d'Etat italien a considéré que la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques, eu égard à la signification qu'il fallait lui donner, était compatible avec le principe de laïcité. Au contraire, la Cour de cassation a estimé que la présence de crucifix dans un bureau de vote portait atteinte aux principes de laïcité et d'impartialité de l'Etat ainsi qu'au principe de liberté de conscience de ceux qui ne se reconnaissent pas dans ce symbole. La Cour constitutionnelle ne s'est pas prononcée sur ce sujet.

⁵⁶¹ *Lautsi c/ Italie*, gr. ch., préc., § 68.

⁵⁶² Voir *Infra.*, n° 113 et s.

⁵⁶³ O. Bachelet, « Crucifix dans les salles de classe : pas de condamnation de l'Italie », *D.* 2011, p. 949.

⁵⁶⁴ G. Gonzalez, « Droit à l'instruction et respect des convictions religieuses et philosophiques des parents », préc.

écoles publique. A l'inverse, un Etat qui choisit d'afficher les signes religieux sur le mur de l'école, doit autoriser les élèves et les enseignants d'afficher également leurs signes religieux à travers leur tenue vestimentaire. L'arrêt *Lautsi* postule qu'un Etat peut manifester ses préférences religieuses en rendant obligatoire la présence, par exemple, d'un crucifix dans les écoles à condition qu'il « ouvre parallèlement l'espace scolaire à d'autres religions »⁵⁶⁵. En l'espèce, le Gouvernement italien montrait par exemple que le port par les élèves du voile islamique et d'autres symboles et tenues vestimentaires à connotation religieuse n'était pas prohibé : des aménagements étaient prévus pour faciliter la conciliation de la scolarisation avec des pratiques religieuses non majoritaires comme le début et la fin du Ramadan qui étaient « souvent fêtés » dans les écoles⁵⁶⁶. La réponse de la Grande chambre est ici complètement différente de celle de la chambre qui, en jugeant contraire à l'article 2 du Protocole n° 1 la présence de crucifix dans les salles de classe⁵⁶⁷, à l'instar de la jurisprudence en ce domaine⁵⁶⁸, « suivait une certaine logique de sanctuarisation laïque de l'école en prônant l'apparent de la neutralité »⁵⁶⁹. La décision de la chambre pouvait très bien se comprendre au regard de la jurisprudence sur l'interdiction du port des signes religieux par les élèves et par les enseignants et au regard des exigences de neutralité dans la jurisprudence sur l'organisation des programmes scolaires. Ainsi, la vue d'ensemble de la jurisprudence antérieure en ce domaine pouvait faire croire que la société démocratique « telle que la conçoit le juge de Strasbourg, [...] suppose une certaine séparation des sphères publique et religieuse seule à même de garantir les droits et libertés individuels »⁵⁷⁰. Certains parlaient d'une « conception européenne idéale de laïcité libérale » qui « prise dans un sens étroit, [...] renvoyait vers la liberté de conscience et la non-discrimination, qui sont

⁵⁶⁵ *Lautsi c/ Italie*, gr. ch., préc., § 74.

⁵⁶⁶ *Ibid.*

⁵⁶⁷ *Lautsi c/ Italie*, l'arrêt de chambre, préc., § 54 et s.

⁵⁶⁸ *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., préc. ; *Tuba Aktas c/ France*, req. n° 43563/08, *Bayrak c/ France*, req. n° 14308/08, *Gamaleddyn c/ France*, req. n° 18527/08, *Ghazal c/ France*, req. n° 29134/08, *J. Singh c/ France*, req. n° 25463/08, *R. Singh c/ France*, req. n° 27561/08, du 30 juin 2009 : *AJDA*, 2009, 2077, obs. G. Gonzalez ; *JCP A*, 2009, 2263, obs. F. Dieu concernant l'interdiction pour les élèves et les étudiants de porter des signes religieux ostentatoire ; *Dahlab c/ Suisse*, préc., et *Kurtulmus c/ Turquie*, préc., concernant l'interdiction pour les enseignants de porter des signes religieux ; *Folgero et autres c/ Norvège* et *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, préc., pour la restriction dans la manière de diffuser les connaissances en rapport avec la religion.

⁵⁶⁹ G. Gonzalez, « Droit à l'instruction et respect des convictions religieuses et philosophiques des parents », préc.

⁵⁷⁰ M. Levinet, « Société démocratique et laïcité », in G. Gonzalez (dir.), *Laïcité liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Coll. Droit et justice n° 67, Nemesis/Bruylant, 2006, p. 109.

assurées par la neutralité de l'Etat »⁵⁷¹. La Grande chambre impose une nouvelle orientation en la matière.

162 Différentes conceptions de laïcité. Ainsi, le Professeur Gonzalez considère, à juste titre, que si le ton tranche nettement avec celui de sa jurisprudence sur l'interdiction du port des signes religieux par les élèves ou les enseignants, « l'universalisation des valeurs laïques de pluralisme, de tolérance et de neutralité « sous-jacentes à la Convention » n'est pas pour autant remise en question⁵⁷². D'après l'auteur, la Grande chambre « confirme que la défense des valeurs laïques ne passe pas systématiquement par une séparation entre l'Etat et les Eglises »⁵⁷³. Dans le même sens, Frédéric Dieu considère à son tour que contrairement à la conception « stricte » de laïcité, est consacrée « une conception positive de la neutralité ou de la laïcité »⁵⁷⁴. Selon l'auteur, « la neutralité positive, pluraliste, autorisant la manifestation de l'appartenance religieuse, constitue ainsi une alternative à la neutralité négative, strictement laïque voire laïciste s'efforçant de bannir des établissements publics d'enseignement toute expression religieuse et donc de faire du “modèle laïc italien”, une alternative au « modèle laïc français »⁵⁷⁵. Dans son opinion concordante, le juge grec, Christos Rozakis préfère parler de la « réciprocité » de la neutralité et la laïcité en estimant que la « tolérance religieuse qui s'exprime par une approche libérale permettant à toutes les confessions de manifester librement leurs convictions religieuses dans les écoles publiques [...] constituent [...] un facteur crucial de “neutralisation” de la portée symbolique de la présence du crucifix dans les écoles publiques »⁵⁷⁶. Frédéric Dieu considère qu'il est clairement admis par la Cour que les deux modèles sont compatibles avec les valeurs de la Convention et qu'« il n'existe pas de modèle laïc européen reposant sur telle ou telle conception de la neutralité ou de la laïcité ». L'auteur ajoute que « le constat par la Cour de l'absence de consensus la conduit à protéger la marge d'appréciation des Etats et donc à accepter la coexistence, en Europe,

⁵⁷¹ G. Gonzalez, « Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse », *op. cit.* ; P. Rolland, « Conclusion », in G. Gonzalez (dir.), *Laïcité liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Coll. Droit et justice n° 67, Nemesis/Bruylant, 2006, p. 251.

⁵⁷² G. Gonzalez, « Droit à l'instruction et respect des convictions religieuses et philosophiques des parents », *op. cit.*

⁵⁷³ *Ibid.*

⁵⁷⁴ F. Dieu, « Autorisation des crucifix dans les écoles italiennes : le droit reconnu à l'Etat de manifester son héritage religieux », *JCP A* 2011, n° 28, 2251.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ L'opinion concordante du juge Christos Rozakis.

de différences modèles de relations Etat / religions, alors que la solution retenue par la chambre conduisait à imposer à tous les Etats européens un certain modèle laïc, interdisant à l'Etat toute manifestation d'une identité religieuse, très proche en fait du modèle français »⁵⁷⁷. La solution dégagée conforte les réponses assez divergentes des hautes juridictions d'un certain nombre d'Etats membres lorsqu'ils ont été amenés à examiner la question⁵⁷⁸. Par exemple, en Suisse où le port des signes religieux par les enseignants est interdit en s'appuyant sur l'article 27 alinéa 3 de la Constitution fédérale imposant de « respecter le principe de neutralité religieuse dans le domaine scolaire » et sur la loi de l'instruction primaire⁵⁷⁹, le Tribunal fédéral a également jugé une ordonnance communale prévoyant la présence d'un crucifix dans les salles de classe des écoles primaires incompatible avec les exigences de la neutralité confessionnelle consacrée par la Constitution fédérale. D'autres Etats préfèrent trouver la solution en ce domaine à travers un « compromis ». En Roumanie par exemple, la Cour suprême a considéré que la décision d'afficher des symboles religieux dans les établissements publics d'enseignement, devait appartenir à la communauté formée par les professeurs, les élèves et les parents de ces derniers. En Espagne, le tribunal supérieur de justice de Castille-et-León a jugé que les établissements scolaires devaient procéder au retrait des symboles religieux en cas de demande explicite des parents d'un élève. La position de la Grande chambre est également cohérente par rapport à la solution qu'elle dégage en matière d'organisation des programmes scolaires⁵⁸⁰. La Cour semble ainsi favoriser l'apprentissage de différentes religions en passant, d'un côté, par l'enseignement religieux pluraliste, et d'un autre côté, par la cohésion de différents signes religieux dans le milieu scolaire et l'ouverture d'esprit tant du côté des enseignants que du côté des élèves.

⁵⁷⁷ F. Dieu, « Autorisation des crucifix dans les écoles italiennes : le droit reconnu à l'Etat de manifester son héritage religieux », préc.

⁵⁷⁸ *Lautsi c/ Italie*, gr. ch., préc., § 28.

⁵⁷⁹ Décision *Lucia Dahlab c/ Suisse*, 15 février 2001.

⁵⁸⁰ Voir *Supra.*, n° 134 et s.

Conclusion du Titre 1

163 **Enfant, parents et Etat.** La protection par la Cour européenne des droits de l'homme du droit de l'enfant à l'instruction peut être considérée comme le résultat de la mise en balance des droits et intérêts de l'enfant, les parents et de l'Etat. L'enfant est titulaire et bénéficiaire du droit à l'instruction, qui est un « droit fondamental »⁵⁸¹. Quant aux parents, ils doivent pouvoir, conformément à l'alinéa 2 de l'article 2 du Protocole n°1, dans la limite du possible, élever et éduquer leurs enfants comme ils entendent ; l'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assume dans le domaine de l'enseignement, doit respecter « le droit des parents d'assurer cette éducation conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ». L'Etat, conserve une maîtrise prioritaire dans l'organisation de l'accès à l'instruction et également dans la diffusion des connaissances. Sur ce point, l'Etat peut, à condition de respecter l'exigence du pluralisme⁵⁸², « répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou des connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique », et les parents ne sauraient s'y opposer « sans quoi tout enseignement institutionnalisé courrait le risque de se révéler impraticable »⁵⁸³.

164 La mise en balance des droits et intérêts entre l'enfant, les parents et l'Etat est ainsi un jeu très délicat mais, en même temps, très important, car la protection du droit de l'enfant à l'instruction ne profite pas seulement à ce dernier mais aussi à la société toute entière. Selon la Cour européenne, l'instruction est un service public de nature très particulière, « qui bénéficie non seulement aux usagers mais aussi plus largement à la

⁵⁸¹ *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark* du 7 décembre 1976, série A n° 23, § 50 : GACEDH n°58 ; *AFDI* 1977, 489 ; chron. R. Pelloux ; *CDE* 1978 ; 359, chron. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1978, 702, chron. P. Rolland.

⁵⁸² *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, préc., § 50.

⁵⁸³ *Ibid.*, préc., § 53.

société et est indispensable au respect des droits de l'homme »⁵⁸⁴. Trois conclusions peuvent être tirées de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit à instruction.

165 La nécessité pour l'enfant d'être instruit. Tout en estimant que « l'enseignement est un service complexe à organiser et onéreux à gérer » et « l'Etat doit ménager un équilibre entre, d'une part, les besoins éducatifs des personnes relevant de sa juridiction et, d'autre part, sa capacité limitée à y répondre »⁵⁸⁵, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme essaie de garantir un égal accès à l'instruction au plus grand nombre d'enfants possible. Ce qui se passe, notamment, par le principe de la gratuité de l'enseignement primaire et secondaire pour la grande majorité des enfants et par le soutien particulier donné aux enfants roms dans le domaine éducatif. La nécessité de l'enfant d'être instruit se traduit également par le fait que celui-ci doit être informé des sujets importants à leur formation. Ainsi, le cours d'éducation sexuelle peut être obligatoire et la connaissance des faits religieux doit être encouragée.

166 Parents : le respect des minorités. La protection du droit des parents au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques montre la volonté de la Cour européenne de respecter des minorités. Rappelant que « bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante »⁵⁸⁶, cette volonté se traduit par la possibilité pour les parents de placer leurs enfants dans des établissements privés d'enseignement ou de les instruire ou de les faire instruire à domicile, ainsi que par la possibilité de demander la dispense des cours et par la possibilité d'accès sans discrimination à l'enseignement dans une des langues nationales.

167 Etat : le respect de la souveraineté. Gardant la maîtrise prioritaire dans l'organisation du système éducatif dans son pays, la jurisprudence de la Cour européenne offre à l'Etat la liberté de la gestion des ressources. Mais le plus important réside dans le fait que la jurisprudence de la Cour traduit sa volonté de respecter la

⁵⁸⁴ *Ibid.*

⁵⁸⁵ *Pononyovi c/ Bulgarie*, préc., § 55.

⁵⁸⁶ *Folgero et autres c/ Norvège*, préc., § 84 f).

souveraineté de chaque Etat. En affirmant qu' « elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes »⁵⁸⁷, la Cour européenne reconnaît que la définition et l'aménagement des programmes « relèvent en principe de la compétence des Etats contractant » car il s'agit d' « un problème d'opportunité sur lequel la Cour n'a pas à se prononcer et dont la solution peut légitimement varier selon les pays et les époques »⁵⁸⁸. A condition de respecter le droit fondamental de l'enfant à l'instruction, la Cour admet que chaque Etat peut aménager le programme des études et l'environnement scolaire selon sa propre conception de laïcité et sa propre conception du respect de la tradition. Ce qui se traduit, d'une part, par l'acceptation du principe de laïcité « négative » refusant toute manifestation de la liberté religieuse dans le milieu scolaire comme en France et en Turquie, et d'autre part, par l'acceptation de la laïcité « positive » ou la « réciprocité » de la liberté de manifester sa religion comme en Italie.

⁵⁸⁷ *L'Affaire « linguistique belge »*, préc., § 10.

⁵⁸⁸ *Valsamis c/ Grèce*, préc.

Titre 2 : La protection de l'intégrité physique et de la liberté de l'enfant

168 **Vulnérabilité de l'enfant.** La vulnérabilité de l'enfant est au cœur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la protection de l'intégrité physique et de la liberté de l'enfant. C'est en s'appuyant sur ce critère que la Cour européenne interprète les droits garantis par la Convention pour imposer aux Etats l'obligation d'accorder aux enfants une protection renforcée dans plusieurs domaines. La présente étude vise à analyser la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la protection de l'enfant délinquant, d'une part (Chapitre 1), et la protection de l'enfant victime des maltraitances et de la privation de liberté, d'autre part (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La protection de l'enfant délinquant

169 **Spécificité de l'enfant délinquant.** Lorsqu'un enfant commet une infraction, il doit être jugé et condamné conformément au droit interne de son pays. Toutefois, le traitement pénal de l'infraction – même prévu et appliqué conformément à la loi – peut constituer une violation des droits garantis par la Convention en raison du jeune âge de l'enfant. L'autonomie du droit pénal des mineurs repose ainsi sur le principe d'une adaptation de la réponse pénale à la minorité de l'auteur de l'infraction mais cette autonomie reste relative dans la mesure où les mineurs restent pour partie soumis au droit commun⁵⁸⁹ à défaut des règles spécifiques⁵⁹⁰. La Convention internationale des droits de l'enfant insiste sur la nécessité d'adapter le droit de l'enfant délinquant à un traitement spécifique. Ainsi, l'article 40 de la Convention proclame que « les Etats parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci ». L'article 37 de la même Convention impose aux Etats d'adapter le régime de la privation de liberté des enfants délinquants. Ainsi selon cet article, les Etats veuillent à ce que « tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge : en particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on n'estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par des visites, sauf circonstances exceptionnelles ».

⁵⁸⁹ A. Gouttenoire et Ph. Bonfils, *Droit des mineurs*, préc., n° 1237.

⁵⁹⁰ En droit français, la Cour de cassation affirme que le défaut criminel s'applique aux mineurs auteurs de crimes et âgés de 16 à 18 ans dans le silence de l'ordonnance de 1945 sur ce point (Cass. crim. 21 mars 2007 : *AJ pénal* 2007, p. 322).

170 Position européenne. S'inspirant de la Convention internationale des droits de l'enfant, la Cour européenne veille donc à ce que le système pénal des Etats parties en lui-même soit adapté pour protéger l'enfant délinquant. Elle exige donc de la part des Etats, la protection du droit de l'enfant délinquant à un procès équitable, d'une part (Section 1), et, la protection de la liberté et l'intégrité de celui-ci tout au long du traitement pénal de l'infraction, d'autre part (Section 2).

Section 1 : Le droit de l'enfant délinquant à un procès équitable

171 Imputation de la responsabilité pénale à un enfant. La question de l'imputation de la responsabilité pénale à un enfant s'est posée devant la Cour européenne pour la première fois dans les arrêts *T. et V. c/ Royaume-Uni*⁵⁹¹. L'affaire concernait la procédure pénale intentée contre deux enfants de onze ans pour l'enlèvement et le meurtre d'un enfant qu'ils ont commis à l'âge de dix ans. Statuant sur le fondement de l'article 3 de la Convention, la Cour européenne n'impose pas aux Etats un âge minimum de la responsabilité pénale⁵⁹². Ainsi, elle a souligné, dans les affaires *T. et V. c/ Royaume-Uni*, qu'en ce qui concerne la détermination de l'âge minimum de la responsabilité pénale, il n'existe pas d'assentiment général dans les pays membres du Conseil de l'Europe⁵⁹³. Ainsi, elle a considéré que même si l'Angleterre et le pays de Galles figuraient parmi les quelques ordres juridiques européens où l'âge de la responsabilité pénale demeurait bas, on ne saurait considérer que le seuil adopté, dix ans, était bas au point d'être disproportionné par rapport à celui retenu par d'autres Etats européens⁵⁹⁴. De plus, la Cour, en faisant référence à un certain nombre de textes internationaux, a souligné que l'examen des textes et instruments internationaux pertinents ne révélait aucune tendance manifeste⁵⁹⁵. La Cour a noté que « l'article 4 des règles de Beijing [...] ne précise pas l'âge de la responsabilité pénale, mais invite

⁵⁹¹ *T. et V. c/ Royaume-Uni* du 16 décembre 1999, req. n° 24724/94 et 24888/94 : *Les Petites affiches* 2000, n° 20, p. 6, obs. A. Bullier ; *Dr. fam.*, 2000, n° 3, p. 29, comm. n° 46, obs. A. Gouttenoire.

⁵⁹² Pour une étude sur ce point, voir F. Massias, « Les seuils d'âge de la responsabilité pénale et la peine », *RTDH*, 2002, p. 129.

⁵⁹³ *T. c/ Royaume-Uni*, préc., § 48.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, § 72.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, § 71.

simplement les Etats à ne pas le fixer trop bas ». L'article 40 § 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant invite seulement les Etats parties à établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale. La Convention n'utilise pas le terme de la responsabilité pénale et ne donne aucun seuil d'âge⁵⁹⁶. Dans ces conditions, la Cour a conclu, dans l'affaire *T. et V. c/ Royaume-Uni* que l'imputation de la responsabilité pénale à un enfant de dix ans n'emportait pas en soi violation de l'article 3 de la Convention⁵⁹⁷.

172 Nécessité d'associer la détermination de l'âge de la responsabilité pénale à ses effets. En acceptant la diversité dans la détermination d'âge, la Cour européenne a précisé, en se plaçant sur le terrain du procès équitable de l'article 6 de la Convention, qu'il était obligatoire d'associer la détermination d'âge de responsabilité pénale à ses effets, pour constater que le procès d'un enfant de cet âge sous le coup d'une accusation en matière pénale n'emporte pas non plus « en soi » violation de l'article 6 § 1⁵⁹⁸. Selon la Cour, « il est essentiel de traiter un enfant accusé d'une infraction d'une manière qui tienne pleinement compte de son âge, de sa maturité et de ses capacités sur le plan intellectuel et émotionnel, et de prendre des mesures de nature à favoriser sa compréhension de la procédure et sa participation à celle-ci »⁵⁹⁹. Selon le Professeur Massias, la position de la Cour se rapproche ainsi de la politique du droit pénal des mineurs dans des textes internationaux où le discernement, l'aptitude à la sanction, la responsabilité pénale et les effets de cette responsabilité, sont interdépendants ou du moins étroitement imbriqués et que l' « on peut déjà penser que ce n'est pas un hasard si les textes internationaux ne posent aucun seuil d'âge. Ce n'est pas tant le principe de la responsabilité pénale en tant que tel qui peut poser problème, au regard des droits de l'enfant, que ses effets »⁶⁰⁰. Pour résumer, selon la Cour européenne, une procédure pénale intentée contre un enfant est compatible avec les exigences de l'article 6 de la Convention sous réserve de tenir compte du jeune âge de l'accusé. La Cour rappelle en outre, dans l'arrêt *Adamkiewicz c/ Pologne* du 2 mars 2010, que « lorsqu'un mineur est

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ *T. c/ Royaume-Uni*, préc., § 72 ; Dans le même sens, *S.C. c/ Royaume-Uni* du 15 juin 2004, req. n° 60958/00 : *Dr. fam.* 2004, Alertes n° 30.

⁵⁹⁸ *T. c/ Royaume-Uni*, préc., § 84 ; *S.C. c/ Royaume-Uni*, préc., § 27.

⁵⁹⁹ *T. c/ Royaume-Uni*, préc., § 84.

⁶⁰⁰ Dans ce sens F. Massias, « Les seuils d'âge de la responsabilité pénale et la peine », *op. cit.*

en cause, la justice est avant tout tenue d'agir en respectant dûment le principe de la protection des intérêts supérieurs de l'enfant »⁶⁰¹.

173 Exigences. En insistant sur la nécessité d'adapter la procédure pénale aux enfants délinquants, la Cour européenne a été amenée à se prononcer, à travers les décisions qui lui étaient soumises, sur l'importance d'assurer la meilleure participation de l'enfant délinquant à son procès (§ 1), et sur l'importance d'aménager des garanties procédurales liées au tribunal saisi (§ 2). En outre, une procédure pénale intentée contre un enfant peut avoir des effets dans sa vie privée. Ainsi, dans le prolongement de la protection du droit de l'enfant délinquant à un procès équitable, la Cour européenne fait également peser à la charge de l'Etat le devoir de protéger la vie privée de l'enfant délinquant (§ 3).

§ 1 : La participation de l'enfant délinquant à son procès

174 Procédure adaptée et assistance d'un avocat. La vulnérabilité de l'enfant n'est pas ignorée par la Cour européenne qui, afin d'assurer la meilleure participation de celui-ci à son procès, souligne l'importance pour les Etats d'organiser une procédure adaptée (A.) et de garantir à l'enfant son droit à être assisté d'un avocat (B.).

A. L'organisation d'une procédure adaptée

175 Distinction. Aux yeux de la Cour européenne, pour organiser une procédure pénale adaptée aux enfants délinquants, il faut d'une part assurer la participation réelle de l'enfant à son procès (1°) et d'autre part spécialiser les règles relatives à la publicité des débats (2°).

1° La participation réelle de l'enfant à son procès

176 Présence de l'enfant et participation réelle. La Cour européenne considère que, dans le cadre d'une procédure pénale, l'accusé doit être présent à l'audience⁶⁰². L'objet et le but de l'article 6 § 1 et 6 § 3 c) et e) présuppose sa présence. Elle souligne bien que l'article 6 reconnaît également à l'accusé le droit de participer réellement à son

⁶⁰¹ *Adamkiewicz c/ Pologne*, 2 mars 2010, req. n° 54729/00, *JDI* 2011, n° 2011-4, p. 1303, obs. O. Bachelet ; *D.* 2011, n° 16, p. 1107, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2010, n° 29, p. 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *RPDP* 2010, n° 3, p. 709, obs. A. Gouttenoire ; *D.* 2010, n° 21, p. 1324, obs. P. Bonfils ; *JCP G* 2010, 859, obs. F. Sudre.

⁶⁰² *Ekbatani c/ Suède* du 26 mai 1988, série A, n° 134.

procès⁶⁰³. Selon la Cour, « cela inclut en principe, entre autres, le droit non seulement d'y assister, mais aussi d'entendre et suivre les débats »⁶⁰⁴. Ainsi, la simple présence de l'enfant à son procès ne suffit pas. Selon la Cour, il est important que les autorités nationales fassent des efforts pour aider les enfants à comprendre la procédure et pour adapter les conditions matérielles de la juridiction pendant le déroulement du procès. Elle a déjà admis que le système de la Convention requiert, dans certains cas, que les Etats contractants prennent des mesures positives pour garantir le respect effectif des droits prescrits à l'article 6⁶⁰⁵. Ces mêmes Etats doivent en effet déployer des diligences pour assurer la jouissance effective des droits garantis à cet article⁶⁰⁶.

177 Efforts insuffisants. Dans les arrêts *T. et V. c/ Royaume-Uni*⁶⁰⁷, les requérants se sont plaints de la tenue de leur procès en public devant la *Crown Court* pour adultes avec le formalisme qui en découlait. En l'espèce, la Cour a apprécié les efforts réalisés par les autorités nationales pour aider les enfants à comprendre la procédure : elle a relevé que les enfants ont bénéficié d'explications et ont visité la salle d'audience au préalable, que les audiences ont été écourtées pour ne pas fatiguer excessivement les accusés. Toutefois, elle a noté que le formalisme et le rituel de la *Crown Court* ont dû par moment être incompréhensibles et intimidants pour des enfants de onze ans. Elle a également critiqué l'absence de travail thérapeutique de la part des autorités compétentes depuis la commission de l'infraction. Selon la Cour, cette absence de travail associée aux troubles psychiques post-traumatiques, avait réduit la capacité des intéressés à donner des instructions à leurs avocats et à témoigner convenablement à leur décharge⁶⁰⁸. S'agissant des conditions matérielles, la Cour a reconnu les efforts faits par les autorités anglaises, mais a estimé que la surélévation du banc qui devait permettre aux accusés de voir ce qui se passait, a eu pour effet contraire d'accroître le malaise des requérants durant le procès car ils se sont sentis exposés aux regards scrutateurs de la presse et de l'assistance. A ses yeux, les autorités anglaises ont certes fait beaucoup d'efforts pour aider les deux enfants mais ces efforts, cumulés avec la

⁶⁰³ Pour plus d'explication, voir *GACEDH* n° 36, p. 406.

⁶⁰⁴ Voir par exemple *Stanford c/ Royaume-Uni* du 23 février 1994, req. n° 16757/90, § 26.

⁶⁰⁵ *Artico c/ Italie* du 13 mai 1980, série A, n° 37, § 36.

⁶⁰⁶ *T. c/ Italie* du 12 octobre 1992, série A, n° 245-C, § 29.

⁶⁰⁷ *T. et V. c/ Royaume-Uni*, préc.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, § 87.

publicité des débats, s'avèrent insuffisants pour protéger les enfants contre le traumatisme causé par le déroulement du procès⁶⁰⁹.

178 Compréhension de la procédure. Dans l'arrêt *S.C. c/ Royaume-Uni* du 15 juin 2004⁶¹⁰ concernant un mineur de onze ans accusé de vol avec violence, la Cour a défini ce qu'il fallait entendre par « participation réelle » d'un enfant auteur de l'infraction. Elle a souligné que l'article 6 § 1 n'exige pas qu'un enfant faisant l'objet d'un procès pour une infraction pénale comprenne ou soit à même de comprendre chaque question de droit ou chaque détail en matière de preuve, en raison de la sophistication de l'ordre juridique moderne. Elle a bien compris que même de nombreux adultes dotés d'une intelligence normale sont incapables de saisir pleinement toutes les complexités de la procédure. Selon elle, « la “participation réelle”, dans ce contexte, présuppose que l'accusé comprenne globalement la nature et l'enjeu pour lui du procès, notamment la portée de toute peine pouvant lui être infligée. Cela signifie que l'intéressé – si nécessaire avec l'assistance d'un interprète, d'un avocat, d'un travailleur social ou encore d'un ami – doit être en mesure de comprendre dans les grandes lignes ce qui se dit au tribunal. Il doit être à même de suivre les propos des témoins à charge et, s'il est représenté, d'exposer à ses avocats sa version des faits, de leur signaler toute déposition avec laquelle il n'est pas d'accord et de les informer de tout fait méritant d'être mis en avant pour sa défense »⁶¹¹. Ce qui n'était donc pas le cas en l'espèce.

2° La spécialisation des règles relatives à la publicité des débats

179 Droit de faire entendre sa cause publiquement. L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit à toute personne le droit de faire entendre sa cause publiquement. La Cour européenne souligne, dans son arrêt *Axen c. République fédérale d'Allemagne* du 8 décembre 1983, que « la publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6 § 1 protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6 § 1 :

⁶⁰⁹ *Ibid.*, §§ 86-89.

⁶¹⁰ *S.C. c/ Royaume-Uni* du 15 juin 2004, req. n° 60958/00 : *Dr. fam.* 2004, Alertes n° 30.

⁶¹¹ *Ibid.*, § 29.

le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention »⁶¹². La publicité des débats constitue donc sans aucun doute un élément essentiel du droit à un procès équitable. Mais cette règle connaît une exception lorsque le procès est intenté contre un enfant.

180 **Exception.** L'exception est énoncée par ce même article 6 § 1 : « l'accès à la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès [...] lorsque les intérêts des mineurs [...] l'exigent ». En tenant compte des intérêts de ces derniers, la Cour européenne des droits de l'homme, dans les arrêts *T. et V. c/ Royaume-Uni*⁶¹³, est allée jusqu'à considérer la publicité des débats comme contraire au procès équitable. Dans ces arrêts, en raison de la gravité de l'infraction commise, les deux enfants inculpés pour meurtre, ont été jugés devant la *Crown Court* et devant le public suivant la loi anglaise en vigueur à l'époque des faits⁶¹⁴. La procédure se déroulait conformément à la loi selon laquelle en cas d'accusations de meurtre, d'homicide involontaire ou d'une autre infraction passible, pour un adulte, d'une peine de quatorze ans d'emprisonnement ou plus, les enfants devaient être jugés par la *Crown Court* composée d'un juge et d'un jury⁶¹⁵. Dans les autres cas, les enfants et adolescents âgés de moins de dix-huit ans étaient jugés selon une procédure simplifiée par la *Magistrates' Court*, où le procès se déroule généralement devant le tribunal spécial pour mineurs, lequel applique une procédure informelle et non publique⁶¹⁶.

181 **Violation de l'article 6 § 1.** L'affaire a fait grand bruit en Angleterre et a attiré l'attention des médias et du public. La Cour européenne a critiqué la présence de ces derniers dans la salle d'audience et a observé que même le juge anglais avait évoqué les problèmes créés par la publicité qui avait entouré la comparution des témoins et avait demandé aux jurés d'en tenir compte dans l'appréciation des dépositions de ces personnes. Après le procès, V. a même déclaré à son psychiatre qu'il avait été terrorisé par les regards qui se portaient sur lui au tribunal et qu'il s'était souvent inquiété de savoir ce que l'on pensait de lui. Il n'avait pas pu se concentrer sur la procédure⁶¹⁷. Aux yeux de la Cour, il était très peu probable que les enfants se soient sentis à l'aise dans

⁶¹² *Axen c/ République fédérale d'Allemagne* du 8 décembre 1983, série A n° 72, § 25.

⁶¹³ *T. et V. c/ Royaume-Uni*, préc.

⁶¹⁴ L'article 24 de la loi de 1980 sur les *magistrates' courts* (*Magistrates' Courts Act*).

⁶¹⁵ *T. c/ Royaume-Uni*, préc., § 28.

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ *V. c/ Royaume-Uni*, préc., § 89.

une salle où l'ambiance était tendue et où ils étaient exposés aux regards scrutateurs de l'assistance. En outre, ils étaient bouleversés au point de les empêcher de participer réellement à leur procès, ce qui constitue donc une violation des règles du procès équitable⁶¹⁸. Il faut remarquer que lorsque la Cour se trouve confrontée aux deux principes garantis par l'article 6 de la Convention, c'est-à-dire celui de la publicité des débats et celui de la participation réelle au procès, le principe de la publicité des débats se trouve assoupli pour permettre aux jeunes accusés de participer réellement à leur procès.

182 Interrogation sur la violation de l'article 3. Certains juges, dans leur opinion dissidente, sont allés jusqu'à considérer la publicité des débats comme contraire à l'article 3 de la Convention. Selon eux, le caractère public du procès a contribué à rendre le traitement non seulement inhumain mais aussi dégradant. De plus, ces mêmes juges ont considéré que le fait d'avoir jugé les requérants au pénal selon la même procédure que des adultes et de les avoir condamnés sans tenir suffisamment compte du fait qu'il s'agissait des enfants devant être qualifié d'inhumain. Ils estiment qu'un constat de violation de l'article 6 § 1 ne répondait pas à un grief tiré de l'article 3 de la Convention qui interdit la souffrance et l'humiliation. Selon eux, la Cour n'a pas suffisamment pris en considération la souffrance et l'humiliation qui en résultent inévitablement pour les enfants⁶¹⁹.

B. L'assistance indispensable d'un avocat

183 Article 6 § 3 c) de la Convention. Le droit de tout accusé d'être assisté d'un avocat figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable⁶²⁰. L'article 6 § 3 c) indique que tout accusé, enfant ou adulte, a droit notamment à « se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ».

⁶¹⁸ *Ibid.*, § 90.

⁶¹⁹ Opinion en partie dissidente commune aux juges Pastor Ridruejo, Pees, Makarczyk, Tulkens et Butkevych attachée à l'arrêt *T. c/ Royaume-Uni*, arrêt préc.

⁶²⁰ Pour plus d'explication sur le droit à un avocat, voir *GACEDH* n° 37 ; M.-A. Beernaert, « Les suites de l'arrêt *Salduz* en droit Belge, français et suisse », *RTDH* 2012, n° 90, p. 241 ; A. Weyembergh, « Vers une approche maximaliste du droit à l'assistance d'un avocat », *RTDH* 2013, n° 93, p. 143.

184 Protection renforcée. Selon la jurisprudence bien établie de la Cour européenne⁶²¹, l'accusé a non seulement droit à l'assistance d'un avocat pendant la phase du jugement, mais aussi pendant la phase préparatoire du procès. En ce qui concerne l'enfant, ce principe fait l'objet d'un renforcement en raison de l'âge et de la vulnérabilité de celui-ci. C'est avec l'arrêt *Salduz c/ Turquie* du 27 novembre 2008⁶²² que le droit d'un enfant accusé d'être assisté d'un avocat pendant la phase préparatoire du procès se trouve expressément consacré par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cet arrêt, un mineur de quinze ans a été arrêté par des policiers pour avoir participé à une manifestation illégale et avoir accroché une banderole illégale. Il a été interrogé par la police dans les locaux de la section antiterroriste sans être assisté par un avocat. Il a ensuite été entendu par un procureur et par un juge d'instruction. Ce n'était qu'après son interrogatoire devant le juge d'instruction, et après qu'il ait été placé en détention provisoire qu'il a eu la possibilité de faire appel à un avocat. Même si l'enfant a eu droit à l'assistance d'un avocat dès la première instance de la phase du jugement, la Cour a considéré que l'impossibilité pour lui de se faire assister par un avocat alors qu'il se trouvait en garde à vue a irrémédiablement nui à ses droits à la défense. Elle a conclu donc à la violation de l'article 6 § 3 c) de la Convention combiné avec l'article 6 § 1.

185 Double renforcement. Depuis l'arrêt *Salduz*, l'enfant bénéficie d'un double renforcement de son droit à l'assistance d'un avocat. En effet, l'arrêt *Salduz* confère à l'article 6 un renforcement général de ce droit pendant la phase préparatoire du procès (1°). L'enfant en bénéficie également, et spécifiquement, en raison de son âge (2°).

1° Le renforcement général du droit à l'assistance d'un avocat

186 Approche concrète. Avant l'arrêt *Salduz*, la Cour avait admis, dans l'arrêt *Imbrioscia c/ Suisse* du 24 novembre 1993 que l'article 6, et notamment son paragraphe 3, pouvait jouer un rôle pendant la période antérieure à la saisine du juge du fond si, et dans la mesure où, son inobservation initiale risquait de compromettre gravement

⁶²¹ *Imbrioscia c/ Suisse* du 24 novembre 1993, req. n° 19372/88 ; *John Murray c/ Royaume-Uni* du 8 février 1996, req. n° 18731/91.

⁶²² *Salduz c/ Turquie* du 27 novembre 2008, req. n° 36391/02 : *GACEDH* n° 37 ; JCP G 2009, I, 104, obs. F. Sudre ; D. Pen. 2009, n° 4, chron. 4, p. 16, obs. E. Dreyer ; Rév. pénit. 2009, n° 4, p. 837, obs. E. Vergès ; Gaz. Pal 2009, n° 296-297, p. 2, obs. C. Charrière-Bournazel ; Gaz. Pal 2009, n° 336-337, p. 19, obs. H. Matsopoulou ; Gaz. Pal. 2010, n° 31-33, p. 10, obs. O. Bachelet ; D. Pen. 2010, n° 3, dossier 2, p. 7, obs. V. Lesclous ; RTDH 2010, n° 83, p. 663, obs. D. Holzapfel.

l'équité du procès⁶²³. Elle soulignait que les modalités d'application de l'article 6 § 3 c) durant l'instruction dépendaient des particularités de la procédure et des circonstances de la cause⁶²⁴. L'inconvénient était que cette approche de la procédure avait amené la Cour, à chaque reprise, à se prononcer au cas par cas en fonction des circonstances⁶²⁵. Il était donc difficile, voire impossible de savoir si le simple fait de priver une personne de l'assistance d'un avocat pendant la phase préparatoire du procès était contraire au principe du procès équitable garanti par la Convention⁶²⁶. Cette approche était finalement une source d'insécurité juridique.

187 Approche abstraite. C'est pour cette raison que la Cour, dans l'arrêt *Salduz*, estime nécessaire de renforcer ce droit. Elle considère que « pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure suffisamment « concret et effectif », il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction – quelle que soit sa justification – ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6 »⁶²⁷. Si l'affaire *Salduz* porte sur le droit à l'assistance d'un avocat pendant la garde à vue et dès les premières interrogatoires de police, la Cour européenne estime également qu'un inculpé détenu doit pouvoir être assisté d'un avocat lors de tous les actes d'enquête supposant une collaboration active de sa part, tels qu'une parade d'identification⁶²⁸ ou une descente sur les lieux avec reconstitution des faits⁶²⁹. La Cour n'entend pas non plus limiter le droit à l'assistance d'un avocat pendant la période de la garde à vue. Elle étend ce droit à un suspect privé de sa liberté pendant la détention provisoire⁶³⁰.

188 Restriction. Aux termes de l'arrêt *Salduz*, il est toujours possible de restreindre le droit à être assisté d'un avocat mais le champ d'application de ces restrictions est devenu beaucoup moins large qu'auparavant. Il faut démontrer des

⁶²³ *Imbrioscia c/ Suisse*, préc., § 36.

⁶²⁴ *Ibid.*, § 38.

⁶²⁵ GACEDH n° 37.

⁶²⁶ En ce sens, voir *Imbrioscia c/ Suisse*, préc., et *John Murray c/ Royaume-Uni*, préc.

⁶²⁷ *Salduz c/ Turquie*, préc., § 55.

⁶²⁸ *Yunus Aktas c/ Turquie* du 20 octobre 2009, req. n° 24744/03, § 52 ; *Laska et Lika c/ Albanie* du 20 avril 2010, req. n° 12315/04 et 17605/04, § 67.

⁶²⁹ *Karadag c/ Turquie* du 29 juin 2010, req. n° 12976/05, § 47.

⁶³⁰ *Dayanan c/ Turquie* du 13 novembre 2009, req. n° 7377/03, § 31.

raisons « impérieuse », et non plus seulement « valable » comme dans les arrêts précédents⁶³¹ afin qu'il ne soit pas « indûment » préjudicié aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6.

189 Rôle de l'avocat. Dans l'affaire *Salduz*, la Cour européenne utilisait les termes « assistance d'un avocat » et « accès à un avocat »⁶³² sans vraiment préciser ce qu'il faut entendre exactement par ces notions. La Cour est venue préciser ultérieurement dans l'arrêt *Brusco c/ France* du 14 octobre 2010⁶³³ que l'assistance de l'avocat au sens de la Convention européenne des droits de l'homme implique que l'avocat doit être physiquement présent lors des interrogatoires. L'arrêt *Dayanan c/ Turquie* du 13 novembre 2009⁶³⁴ suivi par l'arrêt *Adamkiewicz c/ Pologne* du 2 mars 2010⁶³⁵ sont venus préciser le rôle de l'avocat intervenant pendant la phase préparatoire du procès. Ainsi, la Cour précise que « l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer »⁶³⁶.

190 Utilisation des déclarations. Dans l'arrêt *Salduz*, la Cour précise qu'« il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation »⁶³⁷. C'est pour cette raison que la Cour juge que même si le droit d'être assisté par un avocat a été respecté dans la suite de la procédure, cela ne permet pas de compenser l'absence de l'avocat pendant la garde à vue⁶³⁸. La violation de l'article 6 de la Convention est évident dans la mesure où le requérant est passé aux aveux lors de sa garde à vue et que ses déclarations sont utilisées pour fonder une condamnation. Ainsi toute utilisation de déclaration incriminantes recueillies en violation de ce droit est inconciliable avec les garanties

⁶³¹ Voir par exemple *Imbrioscia c/ Suisse*, préc., § 63.

⁶³² *Salduz c/ Turquie*, préc., §§ 54 et 55.

⁶³³ *Brusco c/ France* du 14 octobre 2010, req. n°1466/07 : *D.* 2010, p. 2950, obs. J.-F. Renucci ; *Dr. pénal* 2010, Étude 29, obs. C. Mauro.

⁶³⁴ *Dayanan c/ Turquie* du 13 novembre 2009, req. n° 7377/03.

⁶³⁵ *Adamkiewicz c/ Pologne*, préc.

⁶³⁶ *Dayanan c/ Turquie*, préc., § 32.

⁶³⁷ *Salduz c/ Turquie*, préc., § 55.

⁶³⁸ *Ibid.*, §§ 57 à 60.

prévues à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et ce, même si ces déclarations ne sont pas le seul élément de preuve disponible⁶³⁹. La Cour s'exprime dans ce sens dans l'affaire *Leonid Lazarenko c/ Ukraine* du 28 octobre 2010⁶⁴⁰. Toutefois, la violation du droit à l'assistance d'un avocat peut être constatée alors même que l'intéressé gardait le silence pendant toute la garde à vue subie sans assistance d'un avocat⁶⁴¹. La Cour conclut à la non-violation de l'article 6 de la Convention lorsque la condamnation du requérant se fondait exclusivement sur les déclarations qu'il avait consenties dans la suite de la procédure, après avoir reçu l'assistance d'un avocat alors même que l'intéressé avait été privé de l'assistance d'un avocat durant les 24 premières heures de sa privation de liberté⁶⁴².

2° La protection accrue du droit à l'assistance d'un avocat en raison de l'âge de l'accusé

191 Application automatique de la restriction. Il semblerait que la Cour européenne exige la protection accrue du droit à l'assistance d'un avocat lorsque l'accusé est un enfant car celui-ci doit être davantage soutenu qu'un adulte⁶⁴³. La Cour se réfère notamment à la Convention internationale des droits de l'enfant et aux observations générales du Comité des droits de l'enfant pour souligner « l'importance fondamentale de la possibilité pour tout mineur placé en garde à vue d'avoir accès à un avocat pendant cette détention »⁶⁴⁴. Dans l'arrêt *Salduz*, la Cour souligne que l'un des éléments caractéristiques pour conclure à la violation de l'article 6 § 3 de la Convention dans le cas d'espèce, est l'âge de l'intéressé. Elle condamne principalement la Turquie pour une application systématique, et indépendamment de l'âge de l'accusé, de la restriction au droit d'assistance d'un avocat pendant la garde à vue pour toute personne accusée d'une infraction relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat. Selon elle, « en soi, cela suffit déjà à faire conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 à cet égard »⁶⁴⁵. Il semble que selon la Cour européenne, il est fondamental pour tout mineur placé en garde à vue d'avoir accès à un avocat pendant sa détention sans aucune restriction.

⁶³⁹ À cet égard, voir A. Weyembergh, « Vers une approche maximaliste du droit à l'assistance d'un avocat », préc.

⁶⁴⁰ *Leonid Lazarenko c/ Ukraine* du 28 octobre 2010, req. n° 22313/04, § 57.

⁶⁴¹ *Dayanan c/ Turquie*, préc., § 32.

⁶⁴² *Zdravko Petrov c/ Bulgarie* du 23 juin 2011, req. n° 20024/04.

⁶⁴³ Voir *GACEDH* n° 37, p. 417.

⁶⁴⁴ *Salduz c/ Turquie*, préc., § 60.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, § 56.

192 Intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'arrêt *Adamkiewicz c/ Pologne* du 2 mars 2010⁶⁴⁶, la Cour européenne souligne encore davantage l'importance de prendre en compte le jeune âge de l'accusé. Ainsi, la Cour rappelle que « lorsqu'un mineur est en cause, la justice est avant tout tenue d'agir en respectant dûment le principe de la protection des intérêts supérieurs de l'enfant. Ainsi, un enfant accusé d'une infraction se doit d'être traité d'une manière qui tienne pleinement compte de son âge, de sa maturité et de ses capacités sur le plan émotionnel et intellectuel. En outre, des mesures de nature à favoriser sa compréhension de la procédure et sa participation à celle-ci doivent être prises par les autorités »⁶⁴⁷. En l'espèce, il s'agit d'un mineur âgé de quinze ans poursuivi pour meurtre sur la personne d'un autre mineur âgé, quant à lui, de douze ans. L'intéressé a été placé en détention provisoire et la première entrevue entre le requérant et son avocat a eu lieu environ six semaines après son arrestation. Ce n'est qu'au cours de cette entrevue qu'il a été instruit par son avocat sur son droit de garder le silence et de ne pas contribuer à son incrimination, alors qu'il avait avoué être l'auteur des faits, durant ses interrogatoires avec la police. Cet élément a été ensuite utilisé pour fonder sa condamnation. Il est indéniable que l'élément principal pour fonder la condamnation de la Pologne dans cet arrêt réside dans l'âge du requérant. La Cour souligne que « étant donné qu'à l'époque des faits, le requérant était âgé de quinze ans et n'avait aucun antécédent criminel, il serait difficile d'affirmer qu'au vu de son âge, il aurait pu raisonnablement savoir qu'il avait le droit de solliciter l'assistance d'un défenseur ou qu'il aurait été capable d'apprécier les conséquences de l'absence d'une telle assistance lors de son interrogatoire où il était entendu en tant que suspect du meurtre d'un autre mineur »⁶⁴⁸.

193 Assistance défaillante. La violation de l'article 6 de la Convention est d'autant plus évident dans l'affaire *Süzer c/ Turquie* du 23 avril 2013⁶⁴⁹. L'affaire concerne un ressortissant turc, mineur à l'époque des faits et ayant un casier judiciaire vierge qui se trouvait inculpé et condamné pour des vols aggravés. Lors de ses dépositions, le requérant était assisté uniquement par une avocate commise d'office et aux yeux de la Cour européenne, cette assistante offerte au requérant était manifestement défaillante. Le requérant a avoué avoir commis deux vols aggravés

⁶⁴⁶ *Adamkiewicz c/ Pologne*, préc.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, § 70.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, préc., § 89.

⁶⁴⁹ *Süzer c/ Turquie* du 23 avril 2013, req. n° 13885/05.

pendant ses dépositions. L'avocate commise d'office ne s'est pas opposée au recueil par la police des dépositions du requérant alors qu'une telle pratique méconnaissent les dispositions du droit interne et qu'elle n'a même pas vérifié si les parents du requérant avaient été informés de l'arrestation de leur fils⁶⁵⁰. Elle conclut ainsi que le requérant a été privé des garanties que lui reconnaissait le droit interne pendant le déroulement de l'instruction préliminaire et que « compte tenu de son jeune âge, il s'est trouvé dans une position particulièrement vulnérable »⁶⁵¹. Prenant en compte le fait que le requérant était mineur à l'époque des faits devant pouvoir bénéficier des droits accordés en droit interne aux mineurs soupçonnés d'avoir commis une infraction, la Cour conclut à la violation de l'article 6 de la Convention, et ce, même si lors des deux procès menés contre lui, le requérant a eu la possibilité de contester les éléments de preuve à charge dans une procédure contradictoire avec le bénéfice des conseils juridiques de l'avocat de son choix⁶⁵².

§ 2 : L'aménagement des garanties procédurales liées au tribunal saisi

194 Garanties. En vue d'adapter la procédure pénale aux enfants délinquants, il est également nécessaire d'aménager des garanties liées au tribunal saisi. Selon la Cour européenne, il faut d'une part mettre en place des juridictions spécialisées (A.) et d'autre part, assurer que les enfants sont jugés par un tribunal impartial et indépendant (B.).

A. La spécialisation des juridictions

195 Exigence. La Cour européenne veille à ce que la procédure soit adaptée lorsque les enfants sont jugés par un tribunal pour adultes⁶⁵³. Toutefois, cela ne suffit toujours pas à garantir la protection de leurs droits. Le raisonnement de la Cour, dans l'arrêt *S.C. c/ Royaume-Uni* du 15 juin 2004⁶⁵⁴, va jusqu'à imposer à l'Etat que l'enfant devrait être jugé par un tribunal spécialisé. Dans cet arrêt, il s'agit d'un procès intenté contre un garçon de onze ans pour le vol d'un sac à main d'une femme âgée. L'enfant a été jugé par un tribunal pour adultes mais des dispositions ont été prises pour que la

⁶⁵⁰ *Ibid.*, § 83.

⁶⁵¹ *Ibid.*, § 78.

⁶⁵² *Ibid.*, § 86.

⁶⁵³ Voir *Supra.*, n° 175 et s.

⁶⁵⁴ *S.C. c/ Royaume-Uni* du 15 juin 2004, req. n° 60958/00 : *Dr. fam.* 2004, Alertes n° 30.

procédure soit aussi informelle que possible. La particularité de cet arrêt réside dans le fait que l'enfant est doté d'une capacité intellectuelle très faible pour son âge. Malgré les efforts de l'assistant social qui accompagnait le requérant devant la *Crown Court* pour lui expliquer les choses, ce dernier semblait avoir mal compris le rôle des jurés dans la procédure ou la nécessité de leur faire bonne impression. De plus, l'enfant ne semblait pas avoir saisi qu'il encourait une peine privative de liberté, et même alors que la condamnation avait été prononcée et qu'il était conduit dans une cellule, il semblait désorienté et pensait pouvoir rentrer à la maison avec son père nourricier.

196 **Choix de l'Etat.** Dans cet arrêt, la Cour fait peser à la charge de l'Etat une exigence concernant la spécialisation des juridictions. Selon elle, « lorsqu'il est décidé de régler la situation d'un enfant tel que le requérant par le biais d'une procédure pénale – qui risque de ne pas pouvoir participer réellement à la procédure en raison de son jeune âge et de capacités intellectuelles limitées –, il est essentiel qu'il soit jugé par une juridiction spécialisée, capable de se montrer pleinement attentive aux handicaps dont il souffre, d'en tenir compte et d'adapter la procédure en conséquence »⁶⁵⁵. La réponse de la Cour donne l'impression qu'elle laisse un libre choix aux Etats d'opter soit pour le cumul de la spécialisation des juridictions et l'adaptation de la procédure soit pour la spécialisation des juridictions pour tous les procès pénal intenté contre les enfants.

B. L'impartialité et l'indépendance des juridictions

197 **Qualification.** Parmi les garanties du procès équitable, l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial⁶⁵⁶. En ce qui concerne les enfants délinquants, les questions qui se posent devant la Cour européenne sont liées à la qualification de ces deux notions pour pouvoir adapter le droit pénal à la vulnérabilité des enfants. Ainsi, la Cour précise ce qu'il faut entendre par un tribunal impartial (1°) et indépendant (2°) lorsqu'un enfant délinquant est en cause.

1° Le droit au tribunal impartial

198 **Impartialité objective.** Concernant le principe de l'impartialité du juge, il faut d'abord souligner que la Cour distingue très nettement l'impartialité subjective et

⁶⁵⁵ *Ibid.*, § 35.

⁶⁵⁶ Pour plus d'explication sur l'impartialité du tribunal, voir *GACEDH* n° 31 ; J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, n° 321, p. 406.

l'impartialité objective. L'impartialité subjective s'apprécie en essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance⁶⁵⁷. L'impartialité objective, quant à elle, « consiste à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier »⁶⁵⁸. En ce qui concerne les enfants, la question qui se pose est liée à la pratique du cumul de fonctions d'instruction et de jugement en la matière. Il s'agit donc du problème de l'impartialité objective. La Cour s'est prononcée sur cette question pour la première fois dans l'arrêt *Nortier c/ Pays-Bas* du 24 août 1993⁶⁵⁹. En l'espèce, conformément à la législation des Pays-Bas, un juge des enfants avait d'abord agi à titre de juge d'instruction et statué quatre fois sur la détention provisoire d'un prévenu, mineur âgé de quinze ans à l'époque des faits. Le même juge a statué ensuite sur le fond de l'affaire. La Cour est venue préciser la jurisprudence *Nortier* dans l'arrêt *Adamkiewicz c/ Pologne* du 2 mars 2010⁶⁶⁰ concernant un mineur de quinze ans poursuivi pour meurtre sur la personne d'un autre mineur de douze ans. Dans cet arrêt, conformément à la législation polonaise, un juge aux affaires familiales s'était saisi de l'affaire, puis l'avait instruite, recherchant les éléments de preuve de la culpabilité du suspect. A la fin de l'instruction, le juge avait renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants que ce même magistrat présidait. Le requérant invoque donc le défaut d'impartialité du tribunal pour enfants.

199 **Compatibilité du cumul de fonctions avec le respect du principe de l'impartialité.** La question qui se pose devant la Cour européenne est donc de savoir si le cumul de fonctions d'instruction et de jugement est compatible avec le respect du principe de l'impartialité objective dans le cadre d'une procédure pénale diligentée contre un enfant. Acceptant ce cumul de fonction (a.), la Cour en précise la limite (b.).

a. L'acceptation du cumul de fonctions d'instruction et de jugement

200 **Principe.** La Cour s'est déjà prononcée à plusieurs reprises, s'agissant des adultes, sur la question concernant des situations dans lesquelles un juge assume

⁶⁵⁷ *Piersack c/ Belgique* du 1^{er} octobre 1982, série A n° 53, § 30 : *JDI*, 1985, 210, obs. P. Tavernier.

⁶⁵⁸ *Hauschildt c/ Danemark* du 24 mai 1989, série A n° 154, § 48 : *JDI* 1990, 727, obs. P. Tavernier ; *AFDI* 1991, 585, obs. Coussirat-Coustère.

⁶⁵⁹ *Nortier c/ Pays-Bas*, 24 août 1993, req. n° 13924/88 : *JDI* 1994, 812, obs. P. Tavernier ; *RSC* 1994, p. 362, obs. R. Koering-Joulin ; *D.* 1995, Somm. 105, obs. J.-F. Renoucci ; *D.* 1994, Somm. 37, obs. Becquerelle ; *RTDH* 1994, p. 429, note J. Van Campennolle ; V. Berger, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Paris : éd. Dalloz-Sirey, édition 2011, p. 249.

⁶⁶⁰ *Adamkiewicz c/ Pologne*, préc.

plusieurs rôles dans le cadre d'une seule et même procédure. Elle estime dans l'arrêt *Vera Fernandez-Huidobro c/ Espagne* du 6 janvier 2010⁶⁶¹ concernant le juge d'instruction que « les exigences du droit à un procès équitable au sens large implique nécessairement que le juge d'instruction soit impartial » et que « l'adoption par le juge d'instruction de certaines mesures provisoires qui affectent les droits fondamentaux de la personne soumise à une instruction pénale requiert que ce juge, comme tout autre juge, soit objectivement et subjectivement impartial ».

201 Conception « concrète » du cumul de fonctions. Abandonnant une conception « abstraite » de l'arrêt *Piersack c/ Belgique*⁶⁶² sanctionnant tous les exercices de fonctions successives par le même magistrat, la Cour, depuis l'arrêt *Hauschildt c/ Danemark* du 24 mai 1989⁶⁶³, est passée à une conception « concrète » de la notion d'impartialité objective. Ainsi, la Cour s'attache moins à l'image d'impartialité qu'à la réalité du fonctionnement du système judiciaire⁶⁶⁴. Selon elle, « qu'un juge de première instance ou d'appel (...) ait déjà pris des décisions avant le procès, notamment au sujet de la détention provisoire, ne peut donc passer pour justifier en soi des appréhensions quant à son impartialité »⁶⁶⁵. Mais elle précise que « certaines circonstances peuvent néanmoins, dans une affaire données, autoriser une conclusion différente »⁶⁶⁶.

202 Application aux enfants. C'est pourquoi, en ce qui concerne les enfants, la Cour, dans l'arrêt *Nortier*, estime que « le fait que le juge a déjà pris des décisions avant le procès, notamment sur la détention provisoire, ne saurait en soi justifier des craintes quant à son impartialité »⁶⁶⁷. Elle considère également dans l'arrêt *Adamkiewicz* que « la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond. L'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait non plus passer comme préjugant l'appréciation finale »⁶⁶⁸. Pour la Cour, « ce qui compte, c'est l'étendue des

⁶⁶¹ *Vera Fernandez-Huidobro c/ Espagne* du 6 janvier 2010, req. n° 74181/01, §§ 111 et 113 : *JCP G* 2010, act. 130, obs. F. Sudre.

⁶⁶² *Piersack c/ Belgique*, préc.

⁶⁶³ *Hauschildt c/ Danemark*, préc.

⁶⁶⁴ *GACEDH* n° 31.

⁶⁶⁵ *Hauschildt c/ Danemark*, préc., § 50.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, § 51.

⁶⁶⁷ *Nortier c/ Pays-Bas*, préc., § 33.

⁶⁶⁸ *Adamkiewicz c/ Pologne*, préc., § 101.

mesures adoptées par le juge avant le procès »⁶⁶⁹. Et c'est ainsi qu'elle précise les conditions du cumul de fonctions et la limite à respecter en cas du cumul de fonctions d'instruction et de jugement par le juge dans le tribunal pour enfants.

b. La limite du cumul de fonctions d'instruction et de jugement

203 Comparaison. Afin de comprendre comment fonctionne les critères d'appréciations de la Cour européenne, il convient de comparer les arrêts *Nortier c/ Pays-Bas* et *Adamkiewicz c/ Pologne*.

204 Acceptation. Dans l'arrêt *Nortier*, la Cour relève d'abord, comme elle a fait dans l'arrêt *Hauschildt c/ Danemark*⁶⁷⁰, que lorsqu'un même juge a aussi pris des décisions avant le procès, notamment sur la détention provisoire, cela ne saurait en soi justifier des craintes quant à son impartialité. Ce qui compte pour elle, est la portée et la nature des mesures en question⁶⁷¹. Procédant à une analyse *in concreto*, elle estime qu'à part la décision sur la détention provisoire du requérant, le juge a rendu avant le procès une seule décision : il a accueilli la demande du parquet tendant à un examen psychiatrique du requérant. Autrement dit, il n'a pas usé de ses pouvoirs de juge d'instruction. Elle cite les arrêts *Hauschildt c/ Danemark*⁶⁷² et *Sainte-Marie c/ France*⁶⁷³ concernant l'hypothèse de la participation du juge du fond aux décisions relatives à la détention provisoire comme dans l'arrêt *Nortier* pour considérer dans le cas d'espèce, que les décisions prises pendant l'instruction ne coïncident pas avec celle que le même juge a dû traiter en se prononçant sur le fond. La Cour écarte également les griefs tirés de ce que le juge a siégé seul dans une affaire concernant un jeune de quinze ans. Selon elle, le requérant a pu bénéficier de l'assistance d'un avocat tout au long de la procédure. En outre, le requérant avait la possibilité de faire appel, ce qui aurait eu pour conséquence le réexamen de l'affaire par trois juges. La Cour conclut donc à la non-violation de l'article 6 § 1 de la Convention⁶⁷⁴.

205 Condamnation. A l'inverse, pour condamner le cumul de fonctions d'instruction et de jugement dans l'arrêt *Adamkiewicz*, la Cour souligne la différence des faits d'espèce avec ceux de l'arrêt *Nortier*. Selon elle, « dans l'affaire *Nortier c/*

⁶⁶⁹ *Ibid.*

⁶⁷⁰ *Hauschildt c/ Danemark*, préc., § 49

⁶⁷¹ *Nortier c/ Pays-Bas*, préc., § 33.

⁶⁷² *Hauschildt c/ Danemark*, préc., § 51.

⁶⁷³ *Sainte-Marie c/ France* du 16 décembre 1992, série A n° 253-A, § 32.

⁶⁷⁴ *Nortier c/ Pays-Bas*, préc., § 36.

Pays-Bas, il a été jugé que l'article 6 § 1 de la Convention n'avait pas été violé, dès lors notamment que le juge en question n'avait presque pas entrepris d'activité d'instruction, le requérant ayant reconnu sa faute dès le début de l'instance ». Elle poursuit son raisonnement en relevant que « contrairement à l'affaire *Nortier*, dans la présente affaire, le juge aux affaires familiales a fait durant l'instruction un ample usage des attributions étendues que lui conférerait la loi sur la procédure applicable aux mineurs. Ainsi après qu'il ait décidé d'office de l'ouverture de la procédure, ce juge avait lui-même conduit la procédure de rassemblement des preuves à l'issue de laquelle il avait décidé du renvoi du requérant en jugement »⁶⁷⁵. C'est donc un usage « ample » de la fonction d'instruction qui se trouve, en l'espèce, condamné par la Cour européenne.

206 Degré du cumul de fonction. Il est donc évident que selon la Cour européenne des droits de l'homme, tout est une question de degré. Selon le Professeur Bonfils, plus l'affaire en cause requiert des actes d'investigation conséquents, moins il sera possible au magistrat ayant mené l'information de siéger au sein de la formation de jugement⁶⁷⁶. Il faut souligner ici que ce critère d'appréciation n'est pas réservé aux enfants. Pour les adultes, un tel cumul de fonctions sera prohibé, comme ce fût le cas dans l'arrêt *Hauldchildt*⁶⁷⁷ où le juge qui s'est prononcé neuf fois sur la prorogation de la détention provisoire du requérant, doit entre autres s'assurer de l'existence de « soupçons particulièrement renforcée » que l'intéressé a commis les infractions dont on l'accuse. Il semble donc que le cumul des fonctions d'instruction et de jugement peut être contraire au principe d'impartialité lorsque les fonctions d'instruction ont conduit le juge à porter une appréciation préalable sur la culpabilité⁶⁷⁸.

207 Particularité du droit pénal des mineurs. Dans l'arrêt *Adamkiewicz*, le gouvernement polonais soutient que le cumul des fonctions d'instruction et de jugement est fait en faveur de l'enfant et en tenant compte du particularisme du droit pénal des mineurs⁶⁷⁹. L'argument du gouvernement polonais va ainsi dans le même sens que

⁶⁷⁵ *Adamkiewicz c/ Pologne*, préc., § 103 – 104.

⁶⁷⁶ Sur ce point, voir Ph. Bonfils, « L'impartialité du tribunal pour enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2010, p. 1324 : Finalement, la Cour européenne des droits de l'homme paraît n'autoriser un magistrat de la formation de jugement à instruire lui-même qu'à la condition qu'il n'instruise pas, ou si peu... Au-delà du paradoxe, cela signifie que, lorsque l'affaire requiert une véritable instruction, il est pour le moins préférable de confier celle-ci à un autre magistrat.

⁶⁷⁷ *Hauschildt c/ Danemark*, préc., §§ 51 à 53.

⁶⁷⁸ *GACEDH* n° 31.

⁶⁷⁹ *Adamkiewicz c/ Pologne*, préc., §§ 93-96.

l'opinion dissidente émise par le juge Moreneilla dans l'arrêt *Nortier*⁶⁸⁰. Selon le juge Moreneilla, « les mineurs peuvent prétendre à la même protection de leurs droits fondamentaux que les adultes, mais le caractère non accompli de leur personnalité et, en conséquence, leur moindre responsabilité sociale entrent en ligne de compte aux fins de l'article 6 de la Convention. En particulier, le droit de tout accusé à être jugé par un tribunal impartial ne doit pas être incompatible avec le traitement de protection des jeunes délinquants ». Le juge Moreneilla est allé encore plus loin en invoquant les avantages du juge unique dans les affaires concernant les mineurs. Au lieu de punir l'enfant d'un acte délictueux dont il n'est pas entièrement responsable, le juge met en avant la protection et la rééducation de l'enfant. Le juge unique est, selon lui, la meilleure solution pour répondre à ce but : « pour atteindre ces objectifs, il semble à la fois raisonnable et indiqué d'organiser la procédure de manière telle qu'un juge unique connaisse l'affaire depuis le stade de l'instruction préparatoire, en adoptant les mesures provisoires appropriées, jusqu'à celui de l'exécution de la sentence, où il lui appartient de surveiller la mise en œuvre des mesures de protection prévues par le jugement, ce afin de développer « une relation de confiance entre, d'une part, le juge des enfants et, de l'autre, le mineur ainsi que ses parents, ou son tuteur » ».

208 Position de la Cour européenne. La Cour européenne annonce qu'elle est consciente du particularisme du droit pénal des mineurs, en rappelant que « lorsqu'un mineur est en cause, la justice est avant tout tenue d'agir en respectant dûment le principe de la protection des intérêts supérieur de l'enfant »⁶⁸¹. Elle estime également que « du fait de la nature spécifique des questions que la justice des mineurs est amenée à traiter, elle doit nécessairement présenter des particularités par rapport au système de la justice pénale applicable aux adultes. Toutefois, il n'incombe pas à la Cour d'examiner *in abstracto* la législation et la pratique internes pertinentes, mais de rechercher si la manière dont elles ont été appliquées à un requérant dans une affaire donnée ou l'ont touché a enfreint l'article 6 § 1 »⁶⁸². En l'occurrence, elle ne voit pas dans quelle mesure le fait que ce même magistrat ait subséquemment présidé la formation de jugement du tribunal ayant déclaré le requérant auteur des faits, pouvait, en l'espèce, contribuer à assurer la meilleure protection de l'intérêt supérieur de

⁶⁸⁰ *Nortier c/ Pays-Bas*, préc., *Opinion concordante du juge Moreneilla*, § 3.

⁶⁸¹ *Adamkiewicz c/ Pologne*, préc., § 70.

⁶⁸² *Ibid.*, § 106.

l'enfant⁶⁸³. Le juge Walse, dans son opinion concordante attachée à l'arrêt *Nortier*, a déjà fait une remarque dans ce sens. Selon lui, les adolescents ont droit au bénéfice intégral des garanties du procès équitable et « il faut toujours veiller de près à ce que ce droit ne se trouve pas affaibli par des considérations de réadaptation et d'amendement. Celles-ci doivent venir s'ajouter à l'ensemble des garanties de procédure offertes. Procès équitable et preuve adéquate de la culpabilité sont des conditions préalables absolues ».

209 Interrogation. Si, dans l'arrêt *Adamkiewicz*, la Cour a eu à répondre à la question concernant le cumul de fonctions d'instruction et de jugement dans le tribunal pour enfants. Toutefois, elle reste muette sur la possibilité du cumul de fonctions d'instruction et de jugement par le seul juge des enfants, comme cela se produit en France lorsqu'il juge en audience de cabinet. Quoi qu'il en soit, la Cour paraît dégager un critère d'appréciation unique : l'impartialité du juge se mesure à l'étendue des mesures adoptées par lui avant le procès⁶⁸⁴.

2° Le droit à un tribunal indépendant

210 Pouvoir du ministre de l'Intérieur. L'article 6 de la Convention garantit le droit d'être jugé par un tribunal indépendant mais il est rare que l'indépendance du tribunal soit mise en cause⁶⁸⁵. En ce qui concerne les enfants, la question de l'indépendance du tribunal posée devant la Cour européenne des droits de l'homme, est liée au pouvoir du ministre de l'Intérieur dans la détermination de la peine de détention spécifique au Royaume-Uni. Dans les arrêts *T. et V. c/ Royaume-Uni*⁶⁸⁶, les enfants ont été condamnés à la peine de détention pour une durée qu'il plaira à Sa Majesté (la détention HMP) en raison du meurtre qu'ils avaient commis à l'âge de dix ans. À l'époque où les requérants ont été condamnés, l'enfant ou adolescent qui se voyait infliger cette peine, était détenu pour une période indéterminée, dont la durée était laissée à la totale appréciation du ministre de l'Intérieur. Ils prétendaient que le fait que la période punitive soit fixée par le ministre de l'Intérieur, et non pas une juridiction ou

⁶⁸³ *Ibid.*, § 107.

⁶⁸⁴ Ph. Bonfils, « L'impartialité du tribunal pour enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », préc.

⁶⁸⁵ Voir *GACEDH* n° 31.

⁶⁸⁶ *T. et V. c/ Royaume-Uni*, préc.

un tribunal indépendants de l'exécutif répondant aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention, emportait une violation de cette disposition⁶⁸⁷.

211 Applicabilité de l'article 6 § 1. Pour répondre à cette question, la Cour européenne va d'abord rappeler l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention à la détermination de la durée de détention HMP. Ainsi, l'article 6 § 1 couvre l'ensemble de la procédure en cause, y compris les voies de recours et la détermination de la peine pour conclure que la procédure de fixation de la période punitive à purger par des jeunes délinquants détenus pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté équivaut à déterminer une peine et tombe sous le coup de l'article 6 § 1. La Cour continue son raisonnement en faisant une distinction entre la détention HMP et la peine perpétuelle obligatoire infligée aux adultes pour sanctionner un meurtre. Alors que la peine perpétuelle obligatoire est « déterminée » dans sa durée, la peine de détention HMP ne l'est pas. Dans le cas de la détention HMP, lorsque la période punitive est purgée, le maintien en détention du délinquant ne se justifie que s'il apparaît nécessaire à la protection du public. Suite à l'arrêt *Hussain c/ Royaume-Uni* du 21 février 1996⁶⁸⁸, la Cour avait estimé que la peine de détention HMP, une fois la période punitive purgée, « peut davantage se comparer à une peine perpétuelle discrétionnaire » ; elle devrait donc s'entourer des mêmes garanties⁶⁸⁹. Par conséquent, la Cour énonce dans les arrêts *T. et V.* que « lorsqu'un jeune condamné à la détention pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté n'est pas considéré comme dangereux, la période punitive représente la période maximale qu'il peut être appelé à purger ». La fixation de la période punitive équivaut donc au prononcé d'une peine. Par conséquent, l'article 6 § 1 est applicable à cette procédure⁶⁹⁰.

212 Equivalence du prononcé d'une peine. En qualifiant la fixation de la période punitive comme le prononcé d'une peine, la Cour rejette la thèse du Gouvernement britannique selon laquelle la détermination de la période punitive en application de la sentence du juge est considérée comme une simple mesure d'exécution de la peine qui

⁶⁸⁷ *T. c/ Royaume-Uni*, préc., § 111.

⁶⁸⁸ *Hussain c/ Royaume-Uni* du 21 février 1996, req. n° 21928/93, § 54 : *JDI* 1997, n° 1, p. 207, obs. M. Poutiers.

⁶⁸⁹ A la suite de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Thynne, Wilson et Gunnell c/ Royaume-Uni* (arrêt du 25 octobre 1990, série A, n° 190-A), la loi de 1991 a apporté des modifications aux procédures d'élargissement des condamnés à une peine perpétuelle discrétionnaire. En vertu de l'article 34 de la loi de 1991, le tribunal prononçant la sentence précise désormais, en audience publique, la durée de la période punitive. Mais aux termes de cette loi, ne sont pas considérées comme frappées d'une peine perpétuelle discrétionnaire les personnes détenues pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté (article 34 § 2).

⁶⁹⁰ *T. c/ Royaume-Uni*, préc., § 110.

n'a pas été déterminée. C'est pourquoi la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 dans le cas d'espèce. Selon elle, les garanties d'un tribunal « indépendant » signifie indépendant de l'exécutif comme des parties en cause, le ministre de l'Intérieur, qui a décidé de la période punitive du requérant, n'étant manifestement pas indépendant de l'exécutif⁶⁹¹. Les arrêts *T. et V. c/ Royaume-Uni*, ont pratiquement mis fin au pouvoir du ministre de l'Intérieur de fixer la période punitive à purger pour les enfants détenus pour une durée qu'il plaira à Sa Majesté⁶⁹². Suite aux affaires *Hussain et Singh c/ Royaume-Uni*⁶⁹³, l'article 28 de la loi de 1997 a été adopté sur les peines en matière criminelle. Cependant, cet article ne concerne que la libération conditionnelle, qui peut intervenir une fois la période punitive purgée, et non la fixation même de la période punitive. Selon la loi de 1997, après l'expiration de la période punitive, c'est à la commission de libération conditionnelle, et non comme précédemment au ministre, qu'il appartient de décider s'il n'y a pas de risque à admettre au bénéfice de la libération conditionnelle, une personne condamnée à la détention pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté pour un meurtre qu'elle a commis avant l'âge de dix-huit ans.

§ 3 : La protection de la vie privée de l'enfant délinquant

213 Incidences sur la vie privée de l'enfant délinquant. La procédure pénale intentée contre un enfant peut avoir des conséquences sur les aspects de la vie privée de l'intéressé. Ainsi, la Cour souligne la nécessité de protéger la vie privée des enfants délinquants dans le contexte des procédures pénales en raison de la divulgation de leur identité (A.). Elle considère qu'il est également important de protéger la vie privée de l'enfant dans l'hypothèse de la conservation et l'utilisation des données à caractère personnel (B.).

A. La divulgation de l'identité

214 Allégation de violation de l'article 3. Les requérants dans les arrêts *T. et V. c. Royaume-Uni*⁶⁹⁴ ont invoqué que le formalisme ayant entouré le déroulement de la procédure pénale à leur encontre est contraire à l'article 3 de la Convention : il s'agit du

⁶⁹¹ *Ibid.*, § 113.

⁶⁹² A. Bullier, « La Cour européenne des droits de l'homme remet en cause certains pouvoirs du ministre britannique de l'intérieur », *LPA* 2000, n° 20, p. 6.

⁶⁹³ *Hussain c/ Royaume-Uni*, préc. ; *Singh c/ Royaume-Uni* du 21 février 1996.

⁶⁹⁴ *T. et V. c/ Royaume-Uni*, préc.

fait d'être jugé devant un Tribunal pour adultes, du caractère public des audiences, de la composition du jury comprenant douze adultes inconnus, des attaques du public contre le fourgon qui les avait conduit en salle d'audience et la divulgation de leur identité au moment du prononcé de la peine⁶⁹⁵. Pour répondre à cette allégation, la Cour développe une grande partie de sa réponse sur la divulgation de l'identité des enfants délinquants.

215 Publication des informations. En effet, la loi anglaise à l'époque des faits⁶⁹⁶ interdisait systématiquement aux médias de mentionner le nom de l'intéressé ou des détails concernant sa personne, de publier sa photographie ou de faire état de tout autre renseignement pouvant permettre son identification lorsqu'un enfant est jugé par un tribunal pour mineurs. Toutefois, lorsqu'un enfant, inculpé d'une infraction grave, est jugé par la *Crown Court*, la possibilité de rendre compte de la procédure n'était soumise à aucune restriction, à moins que le juge en décide autrement en passant par une ordonnance⁶⁹⁷. Dans les arrêts *T. et V.*, à l'ouverture du procès, le juge avait rendu une ordonnance interdisant la publication du nom, de l'adresse ou de toute autre information pouvant conduire à l'identification des intéressés, ainsi que de toute photographie de ceux-ci⁶⁹⁸. Mais à la suite du verdict, il a modifié l'ordonnance et a autorisé la publication du nom des intéressés, leur lieu de détention et tout autre élément d'information concernant l'endroit où ils se trouvaient restant inconnus⁶⁹⁹. Par conséquent, le nom et la photographie des enfants ainsi que d'autres renseignements à leur sujet ont été publiés dans tous les journaux du pays.

216 Tendances internationale. La Cour souligne d'abord une tendance internationale en faveur de la protection de la vie privée des mineurs impliqués dans une procédure judiciaire. Ainsi, l'article 40 § 2 b) de la Convention internationale des droits de l'enfant dispose que la vie privée des enfants doit être pleinement respectée à tous les stades de la procédure. Cette dernière annonce comme l'un des objectifs que « les Etats parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale (...), la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci ». De même, l'article 8 des règles de Beijing énonce que « le droit du mineur à la protection de sa vie privée doit être

⁶⁹⁵ *T. c/ Royaume-Uni*, préc., § 61.

⁶⁹⁶ L'article 49 de la loi 1933 sur les enfants et adolescents (*Children and Young Person Act*).

⁶⁹⁷ *T. c/ Royaume-Uni*, préc., § 29.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, § 10.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, § 15.

respecté à tous les stades » et qu'« en principe, aucune information pouvant conduire à l'identification d'un délinquant juvénile ne doit être publiée ». Enfin, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, dans sa recommandation n° R (87) du 17 septembre 1987, a recommandé aux Etats membres de revoir leur législation et leur pratique en vue d'éviter le renvoi des mineurs vers la juridiction des adultes quand des juridictions pour mineurs existent et de reconnaître le droit des jeunes au respect de leur vie privée⁷⁰⁰. Par ailleurs, l'article 6 § 1 de la Convention européenne énonce que « l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès [...] lorsque les intérêts des mineurs [...] l'exigent ».

217 Position de la Cour européenne. Pour autant, la Cour estime que « cette tendance ne saurait avoir une influence déterminante sur la question de savoir si le procès en public s'analyse en un mauvais traitement atteignant le degré minimum de gravité requis pour tomber sur le coup de l'article 3 »⁷⁰¹. Ainsi, elle reconnaît le fait que l'on peut s'attendre à ce qu'une procédure comme celle appliquée dans le cas d'espèce ait un effet dommageable sur des enfants de onze ans⁷⁰². Toutefois, malgré la citation des textes internationaux, la Cour ne répond pas en détail à la question relative à la vie privée de l'enfant. Ayant relevé que les autorités britanniques n'avaient nullement cherché à humilier ou avilir les accusés et que les aménagements ont été apportés à la procédure devant la *Crown Court* afin d'atténuer les rigueurs du procès d'un adulte compte tenu du jeune âge des accusés⁷⁰³, la Cour estime tout simplement que le déroulement de l'ensemble de la procédure n'a pas emporté violation de l'article 3 de la Convention⁷⁰⁴. En revanche, elle reconnaît la violation de l'article 6 § 1 sur ce point.

B. La conservation et l'utilisation des données à caractère personnel

218 Comparaison. Statuant sur le fondement de l'article 8 de la Convention, la Cour, dans les arrêts *S. et Marper c/ Royaume-Uni* du 4 décembre 2008⁷⁰⁵, est confrontée à la question de savoir si la conservation et l'utilisation des données à

⁷⁰⁰ *Ibid.*, § 74.

⁷⁰¹ *Ibid.*, § 75.

⁷⁰² *Ibid.*, § 77.

⁷⁰³ *Ibid.*, §§ 76 et 77.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, §§ 77 et 78.

⁷⁰⁵ *S. et Marper c/ Royaume-Uni* du 4 décembre 2008, req. n° 30562/04 et 30566/04 : *RSC* 2009, n° 1, p. 182, obs. J-P. Marguénaud ; *JCP G* 2009, n° 3, 104, p. 27, obs. F. Sudre ; *D. Pen.* 2009, n° 4, p. 16, obs. E. Dreyer ; *RFDA* 2009, n° 4, p. 741, obs. S. Peyrou-Pistouley ; *RTDH* 2010, n° 81, p. 141 ; *JDI* 2009, chron. 6, p. 1040, obs. Decaux et Tavernier ; *GACEDH* n° 42.

caractère personnel d'un enfant soupçonné d'avoir commis une infraction est compatible avec le droit au respect de la vie privée de l'intéressé. Elle a saisi l'occasion pour souligner l'importance de la protection de la vie privée notamment lorsque les données en cause – prélevées durant le déroulement de la procédure pénale – peuvent être utilisées ultérieurement à des fins policières. L'affaire *Marper* concerne un homme adulte, inculpé de harcèlement à l'égard de sa femme, et ayant bénéficié d'un classement sans suite. La présente étude s'intéresse plus particulièrement à l'affaire *S. c/ Royaume-Uni*, car il s'agit d'un enfant de onze ans arrêté et inculpé de tentative de vol avec violence puis acquitté. Les deux requérants avaient demandé aux autorités nationales la destruction des données à caractère personnel en question mais la demande a été refusée. La loi anglaise autorise la conservation de ces données pour une durée illimitée⁷⁰⁶. L'étude de ces deux arrêts nous permet de comprendre le raisonnement de la Cour européenne qui, en analysant ensemble les faits des deux arrêts, souligne l'importance cruciale que la protection de ces données pourrait avoir sur la vie d'un mineur.

219 Mise en balance des intérêts. La Cour se trouve donc devant une question de la mise en balance des intérêts : d'une part, l'intérêt de la personne concernée de voir protéger sa vie privée à travers la protection des données à caractère personnel et d'autre part, l'intérêt général de la prévention des infractions pénales et la protection des droits et libertés d'autrui. Il convient de souligner ici que la volonté de lutter contre la criminalité et le progrès de la science permettent aux Etats d'aller très loin dans la conservation des données à caractère personnel et même, comme dans le cas d'espèce, d'aller au-delà des limites du respect de la vie privée des personnes concernées. Dans les arrêts *S. et Marper*, la Cour procède en deux temps selon sa méthode traditionnelle : après avoir admis l'existence de l'ingérence au regard du paragraphe premier de l'article 8 de la Convention concernant la conservation des données à caractère personnel (1°), elle estime que son utilisation n'est pas justifiée au regard du paragraphe 2 du même article (2°).

⁷⁰⁶ Selon l'article 82 de la loi de 2001 sur la justice pénale et la police amendé l'article 64 de la loi de 1984 (*Police and Criminal Evidence Act 1984*), lorsque des empreintes ou échantillons sont prélevés sur une personne dans le cadre de l'enquête sur une infraction, et sauf si la personne n'est pas soupçonnée, ces empreintes ou échantillons peuvent être conservés une fois qu'ils ont été employés dans le but prévu, à des fins en rapport avec la prévention ou la détection des infractions pénales, l'enquête sur une infraction ou la conduite des poursuites.

1° La conservation des données à caractère personnel : une ingérence dans la vie privée

220 Personnes non condamnées. Dans les arrêts *S. et Marper*, la Cour est confrontée à la question de la conservation et l'utilisation de trois catégories particulières des données à caractère personnel prélevées sur des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais qui n'ont pas été condamnées. Ces données sont des empreintes digitales, des échantillons cellulaires et des profils ADN.

221 Applicabilité de l'article 8. En s'alignant sur sa jurisprudence *Leander c/ Suède* du 26 mars 1987⁷⁰⁷, la Cour, procède à une analyse de l'applicabilité de l'article 8, pour estimer que le simple fait de mémoriser les données relatives à la vie privée d'un individu, constitue une ingérence au sens de cet article et indépendamment du point de savoir si elles ont été utilisées par la suite⁷⁰⁸.

222 Différentes données à caractère personnel. Pour savoir si les données en cause relèvent de la vie privée, la Cour rappelle l'idée selon laquelle la détermination de ces données doit se faire en tenant dûment compte du contexte dans lequel elles ont été recueillies et conservées, de leur nature, de la manière dont elle sont exploitées et des résultats susceptibles d'en être tirés⁷⁰⁹. Elle souligne que les empreintes digitales, les échantillons cellulaires et les profils ADN constituent toutes des données à caractère personnel au sens de la Convention du Conseil de l'Europe de 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel car ces données « se rapportent à des individus identifiés ou identifiables »⁷¹⁰.

223 Echantillons cellulaires et profils ADN. En ce qui concerne les échantillons cellulaires et les profils ADN, la Cour avait déjà estimé que leur conservation constitue nécessairement une ingérence dans le droit au respect de la vie privée⁷¹¹. Selon elle, « vu la nature et la quantité des informations personnelles contenues dans les échantillons cellulaires, leur conservation doit passer pour constituer en soi une atteinte au droit au respect de la vie privée des individus concernés. Peu importe que seule une petite partie de ces informations soit en réalité extraite ou utilisée par les autorités pour les besoins de la création de profils ADN et qu'aucun préjudice immédiat ne soit

⁷⁰⁷ *Leander c/ Suède* du 26 mars 1987, série A n° 116, § 48.

⁷⁰⁸ *Amann c/ Suisse* du 16 février 2000, req. n° 27798/95, § 69.

⁷⁰⁹ *Peck c/ Royaume-Uni* du 28 janvier 2003, req. n° 44647/98 : *JCP G* 2003, I, 160, n° 9, obs. F. Sudre.

⁷¹⁰ *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, préc., § 68.

⁷¹¹ *Van der Velden c/ Pays-Bas* du 7 décembre 2006, req. n° 29514/05.

provoqué dans un cas particulier »⁷¹². Pour les profils ADN, elle estime que « le fait que les profils ADN fournissent un moyen de découvrir les relations génétiques pouvant exister entre des individus, suffit en soi pour conclure que leur conservation constitue une atteinte au droit à la vie privée de ces individus »⁷¹³. La Cour admet pour la première fois, dans les affaires *S. et Marper*, que l'identité ethnique d'un individu doit aussi être considérée comme un élément important de sa vie privée et que la possibilité qu'offrent les profils ADN de tirer des déductions quant à l'origine ethnique d'un individu, rend leur conservation d'autant plus sensible et susceptible de porter atteinte à ce droit⁷¹⁴.

224 Empreintes digitales. Concernant les empreintes digitales, la Cour abandonne la position adoptée par l'ancienne Commission considérant leur conservation comme ne devant pas constituer une ingérence dans la vie privée⁷¹⁵. Désormais, elle estime que les empreintes digitales constituent des données à caractère personnel, à l'instar des photographies⁷¹⁶ ou des échantillons de voix⁷¹⁷, qui rentrent dans le champ d'application de l'article 8 § 1⁷¹⁸.

2° L'utilisation des données à caractère personnel selon la pratique anglaise de fichage génétique : une ingérence non justifiée

225 Contrôle rigoureux. Après avoir décidé que l'ensemble de données à caractère personnel tels que des empreintes digitales, des échantillons cellulaires et des profils ADN entre dans le champ de protection de la vie privée et que leur conservation est susceptible de porter atteinte au droit garanti par l'article 8, la Cour procède à une mise en balance des intérêts pour considérer que la pratique de fichage génétique selon la loi britannique, c'est-à-dire l'utilisation de ces données, constitue une ingérence non justifiée au droit au respect de la vie privée. En estimant que la pratique anglaise de fichage génétique est prévue par la loi⁷¹⁹ et répond à un but légitime⁷²⁰, à savoir la

⁷¹² *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, préc., § 73.

⁷¹³ *Ibid.*, § 75.

⁷¹⁴ *Ibid.*, § 76.

⁷¹⁵ *Kinnunen c/ Finlande* du 15 mai 1996, req. n° 24590/94, décision de la Commission.

⁷¹⁶ Avis de la Commission européenne des droits de l'homme du 19 mai 1994 rendu dans l'affaire *Friedl c/ Autriche* du 31 janvier 1995, série A, n° 305-B.

⁷¹⁷ *P.G. et J.H. c/ Royaume-Uni* du 25 septembre 2001, req. n° 44787/98.

⁷¹⁸ *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, préc., § 85.

⁷¹⁹ *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, préc., §§ 95 à 99 : la Cour note que la loi est lacunaire pour ce qui est des conditions et des modalités de mémorisation et d'utilisation de ces informations personnelles mais préfère ne pas étudier la question concernant la qualité de la loi

détection et la prévention des infractions pénales, la Cour rappelle que la protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale. Elle affirme le principe d'un contrôle « rigoureux » de la proportionnalité de l'ingérence au but poursuivi : pour être conforme à l'article 8, la conservation et l'utilisation des données à caractère personnel sans le consentement de la personne concernée, doit s'accompagner de garanties adéquates contre les abus, ces garanties étant précisées par la Convention de 1981⁷²¹.

226 Consensus. Pour limiter la marge d'appréciation du Royaume-Uni, la Cour fait le choix de passer par une analyse consensuelle en insistant sur le fait que, à l'époque des faits, le Royaume-Uni était le seul Etat membre à autoriser expressément la conservation systématique et pour une durée illimitée des profils ADN et échantillons cellulaires des personnes ayant bénéficié d'un acquittement ou de l'abandon des poursuites⁷²². Selon elle, la protection offerte par l'article 8 de la Convention serait affaiblie de manière inacceptable si l'usage des techniques scientifiques modernes dans le système de la justice pénale était autorisé à n'importe quel prix et sans une mise en balance attentive des avantages pouvant résulter d'un large recours à ces techniques d'une part, et des intérêts essentiels s'attachant à la protection de la vie privée d'autre part. En prononçant que « tout Etat qui revendique un rôle de pionnier dans l'évolution des nouvelles technologies porte la responsabilité particulière de trouver le juste équilibre en la matière »⁷²³, la Cour refuse de faire prospérer l'argument du gouvernement anglais qui met l'accent sur l'objectif de prévention des infractions pénales en contribuant à l'identification de futurs délinquants. Elle fait donc prévaloir le droit au respect de la vie privée sur l'utilisation des progrès technologiques de manière « extensive » pour prévenir et détecter une infraction.

227 Caractère général et indifférencié de la conservation des données. La Cour est également frappée par le caractère général et indifférencié de la conservation des données en question⁷²⁴. Les données, prélevées lors d'une procédure pénale, sont conservées pour une durée illimitée et il n'existe que peu de possibilités pour un individu acquitté d'obtenir l'effacement des données de la base nationale ou la

⁷²⁰ *Ibid.*, § 100.

⁷²¹ *Ibid.*, § 103.

⁷²² *Ibid.*, § 110.

⁷²³ *Ibid.*, § 112.

⁷²⁴ *Ibid.*, § 119.

destruction des échantillons⁷²⁵. Les conditions de conservations sont identiques pour les personnes condamnées et les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais non condamnées, quelque soient la nature et la gravité de l'infraction que la personne est soupçonnée d'avoir commise et indépendamment de son âge. Selon la Cour, le fait que les personnes dans la situation des requérants n'ayant été reconnus coupables d'aucune infraction et étant en droit de bénéficier de la présomption d'innocence, sont traitées de la même manière que les condamnés, peut provoquer le risque de stigmatisation chez ces personnes. D'après la Cour, « l'impression qu'ont les intéressés de ne pas être considérés comme innocents, se trouve renforcée par le fait que les données les concernant sont conservées indéfiniment tout comme celles relatives à des personnes condamnées, alors que celles concernant des individus n'ayant jamais été soupçonnés d'une infraction doivent être détruites »⁷²⁶.

228 Conservation des données dans le cas des mineurs. La Cour est particulièrement sensible à la conservation des données dans le cas des mineurs comme c'est le cas dans l'affaire *S*. Elle juge que cette conservation peut être particulièrement préjudiciable « en raison de leur situation spéciale et de l'importance que revêt leur développement et leur intégration dans la société. Elle considère qu'il faut veiller avec un soin particulier à protéger les mineurs de tout préjudice qui pourrait résulter de la conservation par les autorités, après un acquittement, des données privées les concernant »⁷²⁷. Elle souligne que la recommandation du Conseil de l'Europe⁷²⁸ pose comme l'un des principes de conservation et mise à jour des données, la nécessité de prendre en compte l'âge de la personne concernée. Dans le même sens, la Cour suprême du Canada estime que l'effet de la conservation dans la base de données nationale de l'échantillon ADN d'un mineur primo-délinquant serait nettement disproportionné⁷²⁹. En s'inspirant de l'article 40 de la Convention internationale des droits de l'enfant, la

⁷²⁵ Voir §§ 35 à 36 de *S. et Marper* : Les commissaires de police sont les responsables du traitement des données pour tous les fichiers de l'ordinateur central créés par leur service. Ils ont le pouvoir, « dans des circonstances exceptionnelles », d'autoriser l'effacement de toute donnée possédées par eux. Il s'agit des cas où l'arrestation ou le prélèvement d'échantillons étaient à l'origine illégaux ou de ceux pour lesquels il est établi au-delà de tout doute qu'aucune infraction n'a été commise. Il faut au préalable demander conseil à l'unité chargée du projet de conservation des données ADN et des empreintes digitales.

⁷²⁶ *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, préc., § 122.

⁷²⁷ *Ibid.* § 124.

⁷²⁸ La recommandation R (87) 15 visant à réglementer l'utilisation des données à caractère personnel dans le secteur de la police.

⁷²⁹ Affaire *R. c. R.C.* ([2005] 3 R.C.S. 99, 2005 CSC 61).

Cour souligne la nécessité de protéger particulièrement la vie privée des enfants dans le contexte des procédures pénales.

229 Interrogation. L'apport de l'arrêt *S. c/ Royaume-Uni* est considérable sur la conservation et l'utilisation des données à caractère personnel. Il est toutefois regrettable que la décision de la Cour dans cet arrêt ne vaille qu'à l'égard des mineurs non condamnés. Elle aurait pu saisir l'occasion qui lui était offerte, pour résoudre de la manière la plus complète possible, une question aussi importante⁷³⁰. Quant aux mineurs condamnés pénalement, la question reste pour le moment sans réponse de la part de la Cour. Celle-ci ne s'est prononcée que dans le cas d'adultes. Dans l'arrêt *Bouchacourt c/ France* du 17 décembre 2009⁷³¹, elle valide la conservation, pendant de longues années, des données à caractère personnel des personnes poursuivies puis condamnées en raison d'intérêt général de prévention des infractions. Face à l'avancement rapide de la science et de la technologie dans la société d'aujourd'hui, il faut espérer que la Cour se prononcera bientôt sur ce point important pour donner la protection la plus complète aux mineurs.

Section 2 : La protection de la liberté et de l'intégrité physique de l'enfant délinquant

230 Risques de privation de liberté et risques d'atteinte à l'intégrité physique.

Pendant les différents stades du traitement pénal de l'infraction, l'enfant délinquant peut être privé de liberté. Il s'agit par exemple de la détention de celui-ci en garde à vue, de la détention provisoire pendant le déroulement de la procédure pénale, de la détention pour son éducation surveillée et de la peine de détention. De plus, le traitement pénal de l'infraction en lui-même peut constituer une atteinte à l'article 3 de la Convention envers les enfants. Ainsi, la Cour européenne trouve nécessaire de renforcer les garanties concernant le droit à la liberté et à la sûreté et les garanties contre l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants lorsque les titulaires de ces droits sont des enfants délinquants. Ces derniers bénéficient donc des

⁷³⁰ En ce sens : J.-P. Marguénaud, « De la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des personnes innocentées », *RSC* 2009, p. 182.

⁷³¹ *Bouchacourt c/ France* du 17 décembre 2009, req. n° 5535/06 : *RSC* 2010, 240, obs. D. Roets.

garanties spécifiques relatives à la protection de la liberté (§1) et la protection de l'intégrité (§ 2).

§ 1 : La protection de la liberté de l'enfant délinquant

231 L'article 5 § 1 de la Convention. Le paragraphe 1^{er} de l'article 5 de la Convention dispose que « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté » et que « nul ne peut être privé de sa liberté sauf dans les cas suivants et selon les voies légales ». Ce paragraphe affirme de manière inconditionnelle que la liberté est le principe et que la liste des exceptions au droit à la liberté figurant à l'article 5 § 1 revêt un caractère exhaustif, seule une interprétation étroite cadrant avec le but de cette disposition⁷³².

232 Régularité de détention. Dans tous les types de détention, la Cour européenne assure la régularité de celle-ci en vérifiant sa conformité au but des restrictions autorisées par l'article 5 § 1. Selon la Cour, « dans une société démocratique adhérant à la prééminence du droit, une détention arbitraire ne peut jamais passer pour “régulière” »⁷³³. Ainsi, la détention doit en général, être conforme au droit national⁷³⁴ et aussi compatible avec le but de l'article 5 § 1, c'est-à-dire qu'une privation de liberté peut être régulière selon la législation interne tout en étant arbitraire et donc contraire à la Convention⁷³⁵.

233 Garanties. Les garanties doivent également être accordées aux personnes privées de liberté. En général, la personne détenue a le droit d'être informées des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ainsi que de la nature et de la cause de son arrestation. Ce droit est prévu à l'article 5 § 2 de la Convention. La garantie de l'article 5 § 2 est complémentaire du droit de l'article 5 § 4 d'introduire un recours sur la légalité de la détention : elle implique que la personne détenue reçoive des informations suffisantes pour exercer le recours prévu à l'article 5 § 4⁷³⁶. La privation de liberté d'un enfant est ainsi possible si celle-ci est conforme aux exigences de l'article 5 de la Convention.

234 Privation de liberté de l'enfant. Lorsqu'un enfant commet une infraction, il est possible de lui priver de liberté, provisoirement et/ou à l'issue de sa condamnation.

⁷³² Voir par exemple *K.-F. c/ Allemagne* du 27 novembre 1997, § 70, Recueil 1997-VII ; *D.G. c/ Irlande* du 16 mai 2002, req. n° 39474/98 : *JCP G* 2002, n° 31, p. 1453, obs. F. Sudre.

⁷³³ *Winterwerp c/ Pays-Bas* du 24 octobre 1979, § 39.

⁷³⁴ *Saadi c/ Royaume-Uni*, gr. ch., du 29 janvier 2008, req. n° 13229/03, § 67.

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ *Chamaïev et autres c/ Géorgie et Russie* du 12 avril 2005, req. n° 36378/02, § 478.

Il existe trois cas différents de privation de liberté. Le premier cas est expressément prévu à l'article 5 § 1 d) selon lequel l'enfant peut être privé de liberté « s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente » (A.). Les deuxième et troisième cas de privation de liberté ne sont pas expressément prévus pour les enfants. Mais il est possible qu'un enfant soit privé de liberté conformément à l'article 5 § 1 c) de la Convention « s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci » (B.). Troisièmement, l'enfant délinquant peut également être privé de liberté à l'issue de sa condamnation conformément à l'article 5 § 1 a) « s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent » (C.).

A. L'enfant détenu pour son éducation surveillée

235 Article 5 § 1 d) de la Convention. Il est expressément prévu à l'alinéa d) de l'article 5 § 1 que l'enfant peut être détenu « s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée » ou bien « afin de le traduire devant l'autorité compétente ». En effet, cet alinéa prévoit la possibilité de placer un enfant dans un centre éducatif spécialement conçu pour l'accueillir et le réinsérer dans des conditions plus favorables qu'en établissement pénitentiaire, que ce soit pendant l'instruction ou en raison de sa condamnation. La tâche de la Cour européenne ici est de veiller à ce que l'enfant soit accueilli dans les conditions adaptées à son âge et son comportement.

236 Conditions de détention. La Cour s'est prononcée pour la première fois sur l'article 5 § 1 d) de la Convention dans l'affaire *Bouamer c/ Belgique* du 29 février 1988⁷³⁷ concernant un mineur placé dans un centre spécialisé selon le régime de l'éducation surveillée à cause de sa personnalité perturbée en raison notamment de problèmes familiaux et le remariage de son père. Elle confirme ensuite sa jurisprudence

⁷³⁷*Bouamer c/ Belgique* du 29 février 1988 : RSC 1988, p. 577, obs. L.-E. Pettiti ; JDI 1989, p. 795, obs. P. Tavernier.

dans l'arrêt *D.G. c/ Irlande* du 16 mai 2002⁷³⁸ s'agissant d'un mineur ayant des antécédents criminels et passant pour souffrir de troubles de la personnalité et pour représenter un danger pour lui-même et pour autrui qui devait être placé dans une unité thérapeutique de soutien pour les mineurs de 16 à 18 ans. Le point commun de ces arrêts réside dans le fait que les deux requérants ont été placés provisoirement et à plusieurs reprises dans une maison d'arrêt en raison du manque, à l'époque des faits, de structures spécialisés accueillant les enfants selon le régime de l'éducation surveillée. Selon la Cour européenne, la détention provisoire dans une maison d'arrêt est possible mais à condition qu'il s'agisse d'une mesure préliminaire débouchant sur l'application effective d'un régime d'éducation surveillée (1°). A cette occasion, elle précise ce qu'il faut entendre par « un régime d'éducation surveillée » (2°).

1° L'acceptation conditionnelle de la détention provisoire de l'enfant dans une maison d'arrêt

237 Possibilité. Dans l'arrêt *Bouamer c/ Belgique*, le requérant a été placé en maison d'arrêt en vertu de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, dont l'article 53 prévoit que « s'il est matériellement impossible de trouver un particulier ou une institution en mesure de recueillir le mineur sur le champ », celui-ci « peut être gardé provisoirement dans une maison d'arrêt pour un terme qui ne peut dépasser quinze jours ». Procédant à un contrôle du respect de la régularité de la détention, la Cour observe l'esprit libéral de la législation belge en matière de délinquance juvénile et elle note que cette loi n'autorise la privation de liberté de mineurs que dans les cas limitativement énumérés. Le placement temporaire en maison d'arrêt doit être exceptionnel et de durée extrêmement brève⁷³⁹. C'est ainsi que la Cour européenne accepte la possibilité de placer les enfants provisoirement dans une maison d'arrêt dans le cas d'espèce.

238 Condition. La Cour rappelle que la régularité implique non seulement le respect de la législation nationale, mais aussi la conformité de la mesure privative de liberté au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire⁷⁴⁰. Ainsi pour que la détention soit « régulière », il faut un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué de

⁷³⁸ *D.G. c/ Irlande* du 16 mai 2002, req. n° 39474/98 : *JCP G* 2002, n° 31, p. 1453, obs. F. Sudre.

⁷³⁹ *Bouamer c/ Belgique*, préc., § 48.

⁷⁴⁰ *Winterwerp c/ Pays-Bas* du 24 octobre 1979, série A. n° 33, §§ 39 et 45; *Bozano c/ France* du 18 décembre 1986, série A. n° 111, § 54; *Weeks c/ Royaume-Uni* du 2 mars 1987, série A. n° 114, § 42.

privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de la détention⁷⁴¹. Par conséquent, si la Cour estime que l'internement d'un mineur en maison d'arrêt n'enfreint pas forcément l'alinéa d) lorsqu'il s'agit d'une mesure provisoire de garde qui sert de préliminaire à un régime d'éducation surveillée sans en revêtir elle-même le caractère⁷⁴², c'est en raison de l'absence d'application effective de la mesure qu'elle condamne les Etats dans les cas d'espèce.

239 Condamnation. Dans l'affaire *Bouamer*, la Cour attache une grande importance à la durée totale de la privation de liberté (119 jours) et à la répétition des mesures prises. En l'espèce, le requérant avait fait l'objet du placement dans une maison d'arrêt à neuf reprises et avait fait l'objet d'une « navette » entre la maison d'arrêt et sa famille sans que cela ait débouché sur l'application effective d'un régime d'éducation surveillée dans un milieu spécialisé. C'est donc en raison de l'absence d'application effective de la mesure que la Cour condamne la Belgique⁷⁴³. La Cour européenne décide dans le même sens dans l'affaire *D.G.* Dans cet arrêt, la *High Court* a décidé de placer le requérant en détention provisoire pendant trois semaines à la prison irlandaise de St. Patrick, en l'absence de toute structure éducative sûre en Irlande. Entre-temps, des efforts devaient être déployés pour trouver une structure qui lui convienne. Pourtant, la Cour observe que la *High Court* a rendu sa première décision de mise en détention selon le régime de l'éducation surveillée alors qu'aucune structure éducative fermée n'existait en Irlande. Les deux premières décisions de placement en détention ne reposaient sur aucune proposition précise et sûre relative à une éducation surveillée. Quant à la troisième, elle se fondait sur une proposition d'accueil temporaire qui s'est en tout état de cause, révélée n'être ni sûre ni adéquate et a inéluctablement conduit la *High Court* à ordonner une nouvelle fois l'incarcération du requérant à St. Patrick. La Cour note que même si sa détention à partir de février 1998 a été suffisamment sûre et appropriée sur le plan éducatif, elle a débuté plus de six mois après sa sortie de St. Patrick, intervenue en juillet 1997. En conséquence, la Cour conclut que la détention du requérant à St. Patrick du 27 juin au 28 juillet 1997 n'était pas justifiée et donc, était contraire à l'article 5 § 1⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ *Ashingdane c/ Royaume-Uni* du 28 mai 1985 ; *Aerts c/ Belgique* du 30 juillet 1998 ; *Mubilanzila, préc.*, § 102.

⁷⁴² *Bouamer c/ Belgique, préc.*, § 50.

⁷⁴³ *Bouamer c/ Belgique, préc.*, §§ 51 à 53.

⁷⁴⁴ *D.G. c/ Irlande, préc.*, §§ 83 à 85.

2° Le régime de l'éducation surveillée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme

240 Précision. La Cour précise dans l'arrêt *D.G.*, en faisant référence à l'arrêt *Bouamer*⁷⁴⁵, que les termes d' « éducation surveillée » ne doivent pas être assimilés systématiquement à la notion d'enseignement en salle de classe : lorsqu'une jeune personne est placée sous la protection de l'autorité locale compétente, l'éducation surveillée doit englober de nombreux aspects de l'exercice, par cette autorité locale, de droits parentaux au bénéfice et pour la protection de l'intéressé⁷⁴⁶. Par conséquent, et à l'instar du Gouvernement, elle estime que le séjour du requérant dans l'établissement pénitentiaire Saint-Patrick ne constituait pas en lui-même une mesure d' « éducation surveillée »⁷⁴⁷.

241 Existence des infrastructures. La Cour rappelle que le placement de l'enfant eu vue de son éducation surveillée, est décidé « dans le cadre des efforts durables et acharnés de diverses autorités pour assurer [à l'enfant] la meilleure protection et la meilleure éducation possibles »⁷⁴⁸. Toutefois, de vraies infrastructures appropriées pour accueillir les enfants doivent vraiment exister sous peine de condamnation de la part de la Cour européenne : c'est ce que fait comprendre la Cour à l'Etat belge dans sa condamnation de l'affaire *Bouamer*. En effet, la Cour observe qu'à l'époque des faits, il n'existait pas en Belgique d'infrastructure appropriée et adaptée aux objectifs de la loi précitée. L'absence d'infrastructure appropriée ne peut être utilisée comme prétexte pour ne pas efficacement appliquer la mesure de l'éducation surveillée. Selon la Cour, « l'Etat belge a choisi le système de l'éducation surveillée pour sa politique en matière de délinquance juvénile. Il y a donc eu violation de l'article 5 § 1⁷⁴⁹. La Cour confirme sa position dans l'arrêt *D.G.*⁷⁵⁰.

242 Motivation de la décision du placement. Dans l'arrêt *Ichin et autres c/ Ukraine* du 21 décembre 2010⁷⁵¹, la Cour précise qu'il est important que la décision de placement d'un enfant dans un centre spécialisé soit motivée. En l'espèce, alors qu'ils étaient âgés respectivement de treize et quatorze ans, deux garçons ont été placés

⁷⁴⁵ *Ibid.*, § 78.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, § 80.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, § 81.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, § 79.

⁷⁴⁹ *Bouamer c/ Belgique*, préc., §§ 51 à 53.

⁷⁵⁰ *D.G. c/ Irlande*, préc., § 79.

⁷⁵¹ *Ichin et autres c/ Ukraine* du 21 décembre 2010, req. n° 28189/04 et 28192/04.

pendant 30 jours dans un centre de détention pour mineurs, pour avoir volé de la nourriture et des ustensiles de cuisine à la cantine de l'école. Les deux garçons avaient déjà reconnu les faits et restitué une partie des objets volés et n'avaient pas atteint l'âge de la responsabilité pénale. Estimant que la détention des requérants ne correspond pas aux cas prévus par l'article 5 § 1 c)⁷⁵², la Cour souligne que les requérants étaient détenus dans un centre conçu pour la détention des mineurs dans le but de leur l'éducation surveillée. Toutefois, il n'a pas été montré dans le dossier que leur détention était justifiée. En outre, la Cour note que les requérants n'ont pas participé aux activités liées à l'éducation surveillée pendant leur séjour dans le centre. Elle juge donc que leur détention ne correspond pas non plus aux cas prévus par l'article 5 § 1 d). Par conséquent, les requérants étaient détenus arbitrairement et en violation de l'article 5 § 1 de la Convention⁷⁵³.

B. L'enfant en détention provisoire

243 Article 5 § 1 c) de la Convention. L'article 5 § 1 c) de la Convention permet la détention d'un adulte ou un enfant « s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ».

244 Garanties. Si la nature de la détention en soi ne pose pas de problème au regard de l'article 5 § 1 de la Convention européenne, la Cour européenne a eu l'occasion de préciser à plusieurs reprises ses exigences concernant les garanties entourant ce type de privation de liberté lorsqu'un enfant est concerné. Ainsi, lorsqu'une personne, mineure comme majeure, est détenue provisoirement selon l'article 5 § 1 c) de la Convention, elle bénéficie d'une double garantie : des garanties expressément prévue à l'article 5 § 3 de la Convention spécifiquement pour la détention provisoire (1°), et des garanties de l'article 5 § 4 prévue pour tous les types de privation de liberté (2°).

⁷⁵² *Ibid.*, § 37.

⁷⁵³ *Ibid.*, §§ 39 à 40.

1° L'application à l'enfant délinquant des garanties prévues à l'article 5 § 3 de la Convention

245 Article 5 § 3 de la Convention. Afin d'éviter les éventuels mauvais traitements pendant la détention provisoire et dans le but de préserver la présomption d'innocence, l'article 5 § 3 de la Convention prévoit que « toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduit devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer les fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure ».

246 Droit d'être aussi tôt traduit devant un juge ou un autre magistrat. Conformément à cet article, la Cour européenne doit d'abord rechercher si la personne détenue est « aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat ». Sur ce point, les enfants bénéficient de la jurisprudence classique en la matière⁷⁵⁴. Dans l'arrêt *Assenov c/ Bulgarie* du 28 octobre 1998⁷⁵⁵, la Cour conclut à la violation de l'article 5 § 3 au motif que le requérant n'a pas été traduit devant un « magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » au sens de cet article⁷⁵⁶. En l'espèce, la Cour note que le requérant a été traduit devant un magistrat instructeur qui l'a interrogé, l'a inculpé formellement et a pris la décision de le placer en détention provisoire. Toutefois, en droit bulgare, les magistrats instructeurs n'ont pas de pouvoir de rendre des décisions juridiquement contraignantes en matière de mise en détention ou d'élargissement d'un suspect⁷⁵⁷.

247 Droit d'être jugé dans un délai raisonnable et possibilité d'être libéré pendant la procédure. La Cour européenne doit ensuite rechercher si l'enfant détenu a été jugé dans un délai raisonnable ou avait la possibilité d'être libéré pendant la procédure. C'est sur ce point que la Cour prend en compte la minorité de l'intéressé. Il faut d'abord préciser que la Cour estime, dans l'arrêt *Wemhoff c/ Allemagne* du 27 juin 1968, que le délai raisonnable au sens de l'article 5 § 3 ne se rapporte pas, comme au

⁷⁵⁴ *McKay c/ Royaume-Uni* du 3 octobre 2006, req. n° 543/03 : *JCP G* 2007, I, 106, obs. F. Sudre ; à voir également *GACEDH*, n° 3.

⁷⁵⁵ *Assenov c/ Bulgarie* du 28 octobre 1998 : *D.* 1999, somm., 266, note P. Hennion ; *RTDH* 1999, n° 38, p. 383, obs. D. Rosenberg.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, § 148.

⁷⁵⁷ *Ibid.*

regard de l'article 6 § 1 à la durée de la procédure, mais à celle de la détention provisoire⁷⁵⁸. Selon la Cour, « la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis une infraction est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention. Mais au bout d'un certain temps, elle ne suffit plus » et « la Cour doit dans ce cas établir si les autres motifs adoptés par les autorités judiciaires continuent à légitimer la privation de liberté. Quand ceux-ci se révèlent pertinents et suffisants, elle cherche de surcroît si les autorités compétentes ont apporté une diligence particulière à la poursuite de la procédure »⁷⁵⁹. La Cour exerce donc un contrôle des motifs de maintien en détention provisoire et à cette fin, elle rappelle qu'il leur faut examiner toutes les circonstances de nature à révéler ou écarter l'existence d'une véritable exigence d'intérêt public justifiant, eu égard à la présomption d'innocence, une exception à la règle du respect de la liberté individuelle et en rendre compte dans leurs décisions relatives aux demandes d'élargissement. Selon elle, « c'est essentiellement sur la base des motifs figurant dans lesdites décisions, ainsi que des faits non controuvés indiqués par l'intéressé dans ses recours, que la Cour doit déterminer s'il y a eu ou non violation de l'article 5 § 3 »⁷⁶⁰. C'est pourquoi il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que très peu de motifs de maintien en détention provisoire fassent échapper les Etats à une condamnation pour violation de l'article 5 § 3⁷⁶¹.

248 Vulnérabilité particulière de l'enfant. En ce qui concerne les mineurs délinquants, la Cour avance le critère de la vulnérabilité particulière de l'enfant comme une raison majeure pour fonder sa condamnation. Dans l'arrêt *Assenov*, la détention provisoire du requérant a duré environ deux ans et les deux fois où la légalité de la détention de M. Assenov a été contrôlée par un tribunal, l'élargissement a été refusé au motif que l'intéressé se trouvait inculpé d'une série d'infractions graves et que, compte tenu du fait qu'il avait eu une activité délinquante continue, sa libération s'accompagnerait d'un risque de récidive. Dans ces conditions, la Cour juge que les craintes des autorités nationales quant à la récidive du requérant s'il était libéré, n'étaient pas déraisonnables⁷⁶². Mais elle rappelle que le requérant était mineur et qu'en conséquence, d'après le droit bulgare, il ne pouvait être placé en détention provisoire

⁷⁵⁸ *Wemhoff c/ Allemagne* du 27 juin 1968, A. 7.

⁷⁵⁹ *McKay c/ Royaume-Uni*, préc. ; *Bykov c/ Russie* du 10 mars 2009, req. n° 4378/02.

⁷⁶⁰ *W. c/ Suisse* du 26 janvier 1993, § 30 ; *Debboub alias Hussein Ali c/ France* du 9 novembre 1999, § 39.

⁷⁶¹ *GACEDH*, n° 3.

⁷⁶² *Assenov c/ Bulgarie*, préc., §§ 155 et 156.

que dans des circonstances exceptionnelles⁷⁶³. La vulnérabilité de l'enfant l'emporte ici sur le risque de récidive.

249 Motivation de la décision. Selon la Cour, la demande de libération doit être examinée et motivée *in concreto* surtout lorsque la personne détenue est un enfant. Dans l'arrêt *Cahit Solmaz c/ Turquie* du 15 juin 2007⁷⁶⁴, la Cour considère que le soupçon d'appartenance à une organisation armée illégale, ne justifie pas le maintien en détention provisoire au-delà d'un délai raisonnable. Ainsi, pour un mineur de seize ans maintenu en détention provisoire pendant environ six ans et cinq mois, la Cour a reconnu la violation de l'article 5 § 3 car les juridictions nationales ont décidé son maintien en détention en se fondant chaque fois sur les mêmes motifs, à savoir la nature de l'infraction reprochée et l'état des preuves. Cependant, pour la Cour, ces motifs sont loin d'être suffisants pour justifier une détention provisoire d'une telle durée⁷⁶⁵. La Cour retient la même argumentation dans l'affaire *Kosti et autres c/ Turquie* du 13 mai 2007⁷⁶⁶. Dans cette affaire, trois jeunes gens dont un mineur ont été soupçonnés de jet de cocktail Molotov sur divers bâtiments publics : ils ont été arrêtés et maintenus en détention provisoire pendant deux ans et trois mois. La Cour n'est pas convaincue de la nécessité de prolongement de cette détention sur une aussi longue période « notamment en raison du jeune âge des requérants »⁷⁶⁷. Elle conclut donc à la violation de l'article 5 § 3.

250 Absence de recherche des alternatives. Dans plusieurs arrêts contre la Turquie, la Cour exprime son inquiétude face à la pratique consistant à placer les enfants en détention provisoire et conclut à la violation de l'article 5 § 3⁷⁶⁸. Dans l'affaire *Selçuk c/ Turquie* du 10 janvier 2006 par exemple, le requérant avait passé environ quatre mois en détention provisoire à l'âge de seize ans, et dans l'affaire *Nart* du 6 mai 2008, le requérant avait passé quarante-huit jours en détention à l'âge de dix-sept ans. Il n'est donc pas étonnant que, dans l'arrêt *Güvec c/ Turquie* du 20 janvier 2009, la Cour conclut à la violation de l'article 5 § 3. En l'espèce, le requérant, dès l'âge de quinze ans, a été maintenu en détention provisoire pendant plus de quatre ans et demi

⁷⁶³ *Ibid.*, § 69.

⁷⁶⁴ *Cahit Solmaz c/ Turquie* du 15 juin 2007, req. n° 34623/03.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, §§ 36 à 38.

⁷⁶⁶ *Kosti et autres c/ Turquie* du 3 mai 2007, req. n° 74321/01.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, § 30.

⁷⁶⁸ *Selçuk c/ Turquie* du 10 janvier 2006, req. n. 21768/02, § 35 ; *Kosti et autres c/ Turquie* du 3 mai 2007, req. n° 74321/01, § 30 ; *Nart c/ Turquie* du 6 mai 2008, req. n°20817/04, § 34.

dans une prison pour adultes, où il n'avait reçu aucun soin médical pour ses troubles psychiatriques et où il avait tenté de se suicider à plusieurs reprises⁷⁶⁹. La Cour condamne la Turquie pour l'absence de recherche de méthodes alternatives à la détention qui devrait être utilisée qu'en dernier recours, conformément aux obligations de la Turquie tant en droit interne qu'en vertu de plusieurs conventions internationales⁷⁷⁰.

2° L'application à l'enfant délinquant des garanties prévues à l'article 5 § 4 de la Convention

251 Article 5 § 4 de la Convention. La Cour rappelle que l'article 5 § 4 confère à toute personne arrêtée ou détenue le droit d'intenter une procédure tendant à faire contrôler par un tribunal, le respect des conditions procédurales et de fond nécessaires à la « légalité », au sens de l'article 5 § 1, de sa privation de liberté. Si la procédure au titre de l'article 5 § 4 ne doit pas toujours s'accompagner de garanties identiques à celles que l'article 6 § 1 prescrit pour les procès civils ou pénaux⁷⁷¹, il faut qu'elle revête un caractère judiciaire et offre des garanties appropriées aux types de privation de liberté en question. Les enfants bénéficient ici de la jurisprudence classique de la Cour européenne en la matière⁷⁷².

252 Tenue d'audience. S'agissant d'une personne dont la détention relève de l'article 5 § 1 c), une audience s'impose⁷⁷³. C'est ainsi que la Cour européenne, dans l'affaire *Assenov c/ Bulgarie*, considère que deux éléments militaient en faveur de la tenue d'une audience : le requérant était à l'époque mineur, et le motif invoqué pour le maintenir en détention était le risque de récidive⁷⁷⁴. A l'instar de la Commission, la Cour rappelle que le tribunal de district de Sumen examina la demande de libération de M. Assenov en chambre du conseil, sans entendre l'intéressé en personne⁷⁷⁵. L'absence d'audience amène la Cour à conclure à la violation dans le cas d'espèce.

253 Possibilité d'introduire un recours. L'article 5 § 4 exige également qu'une personne séjournant en détention provisoire puisse introduire à des intervalles

⁷⁶⁹ *Güveç c/ Turquie* du 20 janvier 2009, req. n° 70337/01, §§ 108 et 109.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, § 108.

⁷⁷¹ *Megyeri c/ Allemagne* du 12 mai 1992, série A, n° 237-A, § 22.

⁷⁷² *GACEDH*, n° 20.

⁷⁷³ *Assenov c/ Bulgarie*, préc., § 162 ; *Sanchez-Reisse c/ Suisse* du 21 octobre 1986, série A n° 107 § 51 ; *Samoila et Cionca c Roumanie* du 4 mars 2008, req. n° 33065/03.

⁷⁷⁴ *Assenov c/ Bulgarie*, préc., § 161.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, §§ 38 et 73.

raisonnables un recours ultérieur pour contester la légalité de sa détention. Etant donné que, dans l'optique de la Convention, pareille détention est obligatoirement d'une durée strictement limitée, les contrôles périodiques ne doivent être séparés que par de brefs intervalles⁷⁷⁶. Ce qui amène la Cour à prononcer la violation de l'article 5 § 4 dans l'affaire *Assenov* parce qu'à l'époque des faits, en droit bulgare, une personne séjournant en détention provisoire ne pouvait faire contrôler la légalité de sa détention par un tribunal qu'une seule fois pendant ses deux ans de détention⁷⁷⁷.

254 Assistance d'un avocat. Dans l'arrêt *Bouamer c/ Belgique* du 29 février 1988⁷⁷⁸, la Cour attache une importance particulière au fait que les avocats du requérant n'ont jamais assisté aux audiences qui ont précédé l'envoi de celui-ci en maison d'arrêt. Même si « l'étendue de l'obligation découlant de l'article 5 § 4 n'est pas identique en toute circonstance, ni pour chaque sorte de privation de liberté, elle estime pourtant indispensable, dans une affaire du genre de celle-ci, que l'intéressé jouisse non seulement de la possibilité d'être entendu lui-même, mais aussi de l'assistance effective de son avocat »⁷⁷⁹. La Cour note que les ordonnances incriminées relèvent que le juge de la jeunesse a entendu le mineur mais elles ne signalent en aucune manière la présence de l'un de ses conseils, présence niée du reste par eux sans que le Gouvernement ait mis en doute leurs affirmations. Ainsi, elle conclut donc que « dans les circonstances de la cause, sa propre comparution devant le juge n'a pas offert à M. Bouamer, très jeune à l'époque, les garanties nécessaires »⁷⁸⁰.

C. L'enfant détenu à l'issue de sa condamnation

255 Article 5 § 1 a). Conformément à l'article 5 § 1 a), un enfant délinquant peut être condamné à une peine d'emprisonnement « s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ». Le problème qui se pose en l'occurrence, vient de la conformité du concept de la détention dite « pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté » (la détention HMP) aux garanties prévues par l'article 5 § 4.

256 Détention HMP. Au Royaume-Uni, les jeunes délinquants frappés de la peine de détention pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté, sont détenus pour une durée

⁷⁷⁶ *Bezicheri c/ Italie* du 25 octobre 1989, série A n° 164, §§ 20–21.

⁷⁷⁷ *Assenov c/ Bulgarie*, préc., § 75.

⁷⁷⁸ *Bouamer c/ Belgique* du 29 février 1988 : RSC 1988, p. 577, obs. L.-E. Pettiti ; JDI 1989, p. 795, obs. P. Tavernier.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, § 60.

⁷⁸⁰ *Ibid.*

indéterminée en fonction de l'évolution de l'état mental de ceux-ci et dans le but de protéger le public. Lorsqu'un jeune condamné à la détention HMP n'est plus considéré comme dangereux, l'examen de la légalité du maintien en détention s'impose. C'est sur ce point précis que des questions ont été posées à la Cour européenne des droits de l'homme sous l'angle de l'article 5 § 4 de la Convention. Celle-ci a constaté une violation de cet article tant pour le défaut de possibilité pour le détenu de faire réexaminer la durée de détention par un organe présentant les pouvoirs nécessaires que pour un manque de garanties de procédure.

257 Examen de la légalité du maintien en détention HMP après l'expiration de la période punitive. Après la loi de 1991⁷⁸¹, les procédures d'élargissement applicables aux détenus HMP diffèrent de celles applicables aux détenus adultes condamnés à une peine perpétuelle discrétionnaire. Désormais, après l'expiration de la période punitive, le détenu condamné à une peine perpétuelle discrétionnaire peut exiger du ministre qu'il saisisse la commission de libération conditionnelle, compétente pour prescrire son élargissement si elle a la conviction que son maintien en détention n'est plus nécessaire à la protection du public. Considérant que la peine de détention HMP, une fois la période punitive purgée, se rapproche davantage de la peine perpétuelle discrétionnaire, la Cour européenne estime que la peine de détention HMP nécessite d'être entourée des mêmes garanties⁷⁸². En rappelant le principe jurisprudentiel bien établi dans l'affaire *Thynne, Wilson et Gunnell c/ Royaume-Uni* du 25 octobre 1990⁷⁸³, la Cour estime, dans l'arrêt *Hussain c/ Royaume-Uni* du 21 février 1996⁷⁸⁴ concernant l'examen de la légalité du maintien en détention HMP après l'expiration de la période punitive, que « des questions nouvelles de légalité peuvent surgir en cours d'emprisonnement et le requérant est en droit, en vertu de l'article 5 § 4, de saisir un tribunal compétent pour statuer sur ces questions, à des intervalles raisonnables, ainsi que sur la légalité de toute réincarcération éventuelle »⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ A la suite de l'arrêt *Thynne, Wilson et Gunnell c/ Royaume-Uni* rendu par la Cour européenne, la loi de 1991 a apporté des modifications aux procédures d'élargissement applicables aux condamnés à une peine perpétuelle discrétionnaire.

⁷⁸² *Hussain c/ Royaume-Uni* du 21 février 1996, req. n° 21928/93, § 54 : *JDI* 1997, n° 1, p. 207, obs. M. Poutiers.

⁷⁸³ *Thynne, Wilson et Gunnell c/ Royaume-Uni* du 25 octobre 1990, série A, n° 190-A.

⁷⁸⁴ *Hussain c/ Royaume-Uni*, préc.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, § 54.

258 Examen de la légalité du maintien en détention HMP avant l'expiration de la période punitive. La Cour européenne souligne aussi que les jeunes détenus doivent être en mesure de faire examiner la durée de leur maintien en détention HMP avant même l'expiration de la période punitive, surtout lorsque la durée de la détention reste inconnue. Dans les arrêts *T. et V. c/ Royaume-Uni*, le Lord Chief Justice a recommandé la période punitive de dix ans mais le ministre, en tenant compte des circonstances de l'infraction et l'émotion que l'affaire a suscité dans la population, a fixé la période punitive à quinze ans. Par la suite, la décision du ministre de l'Intérieur a été annulée par la Chambre des Lords et aucune autre période plus courte n'a été arrêtée. Les requérants ont donc été exposés à une longue attente et se trouvaient dans une profonde incertitude quant à leur avenir. Sur ce point, la Cour européenne reconnaît la violation de l'article 5 § 4 de la Convention pour le motif que les requérants n'ont pas pu faire examiner la légalité de leur détention par un organe judiciaire répondant aux exigences de l'article 5 § 4. Elle précise, en outre, que faute de la détermination d'une nouvelle période punitive, le droit d'accès des requérants à un tribunal pour faire examiner périodiquement la légalité de leur maintien en détention est demeuré lettre morte⁷⁸⁶. Dans le cadre de la procédure de contrôle juridictionnel engagée par les requérants, Lord Hope avait fait une remarque très intéressante quant à l'imposition de la période punitive à un délinquant juvénile. Celui-ci estime qu'« une politique qui ne tient compte à aucun moment de l'évolution et des progrès d'un enfant détenu pour décider de la date de sa libération éventuelle est une politique arbitraire. La pratique qui consiste à fixer l'élément pénal, tel qu'appliquée aux adultes purgeant une peine perpétuelle obligatoire, sans avoir égard à l'évolution et aux progrès du détenu durant cette période, ne saurait se concilier avec l'obligation de veiller à la protection et au bien-être de l'enfant pendant toute la période où il est détenu »⁷⁸⁷.

259 Examen du maintien en détention par un tribunal. Selon la Cour européenne, l'article 5 § 4 ne garantit pas le droit à un examen judiciaire d'une portée telle qu'il habiliterait le "tribunal" à substituer – sur l'ensemble des aspects de l'affaire, y compris des considérations d'opportunité – sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision. La Cour exerce néanmoins un contrôle « assez ample » sur la

⁷⁸⁶ *T. c/ Royaume-Uni*, préc., §§ 120 à 121.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, § 41.

régularité des mesures. Elle a déjà exprimé dans des arrêts précédents⁷⁸⁸ que « par “tribunal”, l'article 5 § 4 n'entend pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays. Ce terme sert à désigner des “organes présentant non seulement des traits fondamentaux communs, au premier rang desquels se place l'indépendance par rapport à l'exécutif et aux parties (...), mais encore les garanties”, “adaptées à la privation de liberté dont il s'agit”, “d'une procédure judiciaire” dont les modalités peuvent varier d'un domaine à l'autre. En outre, le texte de l'article 5 § 4 le précise, l'organe en question ne doit pas posséder de simples attributions consultatives, mais aussi la compétence de “statuer” sur la “légalité” de la détention et d'ordonner la libération en cas de détention illégale ». La Cour, dans les arrêts *Hussain et Singh*⁷⁸⁹ estime, comme elle a fait dans l'arrêt *Weeks c/ Royaume-Uni* du 2 mars 1987⁷⁹⁰, que la commission de libération conditionnelle pourrait être considérée comme un tribunal si elle remplit toutes les conditions de celui-ci. Mais selon elle, la commission ne répond pas aux impératifs de l'article 5 § 4 dans la mesure où elle ne peut pas ordonner l'élargissement d'un détenu⁷⁹¹. Les requérants n'étaient donc pas en mesure de faire examiner leur maintien en détention HMP par un tribunal investi des pouvoirs nécessaires.

260 Participation au procès. La Cour souligne l'importance de la participation des jeunes détenus à la procédure les concernant. Elle rappelle que dans des domaines revêtant une importance cruciale comme la privation de liberté et impliquant par exemple une appréciation de la personnalité et de l'état mental du requérant, le caractère équitable de la procédure peut vouloir que l'intéressé assiste aux débats. Dans l'arrêt *Hussain c/ Royaume-Uni*⁷⁹², la Cour estime que l'absence de procédure contradictoire devant la commission de libération conditionnelle, l'empêche aussi de passer pour un tribunal ou une instance judiciaire au sens de l'article 5 § 4. Dans l'affaire *Waite c/ Royaume-Uni*⁷⁹³ concernant la réincarcération d'un jeune homme qui avait été condamné à la peine de détention HMP et libéré sous condition, la Cour européenne

⁷⁸⁸ Voir par exemple *X. c/ Royaume-Uni* du 5 novembre 1981, série A, n°46, § 53.

⁷⁸⁹ *Hussain c/ Royaume-Uni*, préc., § 58 ; *Singh c/ Royaume-Uni*, préc., § 66.

⁷⁹⁰ *Weeks c/ Royaume-Uni* du 2 mars 1987, § 61.

⁷⁹¹ Dans l'arrêt *Weeks c/ Royaume-Uni*, préc., § 64, la Cour européenne estime que la commission de libération conditionnelle joue sans nul doute un rôle purement consultatif quand elle examine périodiquement la question de l'élargissement sous condition d'un détenu subissant une peine de prison perpétuelle. Dans tous les cas, elle ne jouit pas de pouvoir de décision qu'exige l'article 5 § 4 lorsqu'elle connaît de cette catégorie de cas.

⁷⁹² *Hussain c/ Royaume-Uni*, préc., § 58.

⁷⁹³ *Waite c/ Royaume-Uni*, 10 décembre 2002, req. n°53236/99.

estime également que lorsque la décision de privation de liberté implique une évaluation du caractère du requérant ou son état mental, il peut être essentiel pour l'impartialité des procédures que le requérant assiste à une audience orale⁷⁹⁴.

§ 2 : La protection de l'intégrité physique de l'enfant délinquant

261 Article 3 de la Convention. L'article 3 de la Convention européenne interdit, dans des termes absolus ne souffrant aucune dérogation, la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants⁷⁹⁵ : « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Selon la Cour européenne, cette prohibition « consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »⁷⁹⁶. En ce qui concerne les enfants délinquants, la Cour met l'accent sur l'importance d'une prise en compte de la vulnérabilité particulière de l'enfant en raison de son âge dans le traitement pénal de l'infraction. Toutefois, il est possible que le traitement pénal en lui-même ne soit pas contraire à l'article 3 mais les agissements des agents de l'Etat pendant l'exercice de leur fonction que amène la Cour à constater la violation de cet article. C'est ainsi que la Cour insiste sur la protection adéquate des enfants délinquants contre le cas particulier des violences policières éventuelles pendant la garde à vue (A.). Toujours sur le terrain de l'article 3 de la Convention, la Cour insiste également sur la protection de l'intégrité de l'enfant lors de l'application de la peine (B.) car la peine prononcée par la formation de jugement peut éventuellement être constitutive d'un traitement inhumain ou dégradant envers l'enfant.

A. La protection contre les violences policières pendant la garde à vue

262 Risque de mauvais traitement. La privation de liberté place la personne affectée dans une position vulnérable et l'expose au risque de torture et de traitements inhumains et dégradants. Le risque est accru lorsqu'il s'agit de la détention provisoire, notamment pendant la garde à vue, c'est-à-dire les heures qui suivent l'arrestation de l'intéressé. La Cour européenne souligne, de manière générale, que les personnes en garde à vue sont en situation de vulnérabilité et que les autorités ont le devoir de les

⁷⁹⁴ *Ibid.*, § 59.

⁷⁹⁵ *Soering c/ Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, § 88 : *GACEDH*, n° 16.

⁷⁹⁶ Pour une vue d'ensemble de la protection de l'intégrité de l'enfant, voir C.-A. Chassin, « L'article 3 CEDH, instrument de protection des mineurs », in *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, C.-A. Chassin (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 236.

protéger⁷⁹⁷. Se plaçant sur le terrain de l'article 3 de la Convention concernant l'interdiction du mauvais traitement, la Cour estime qu'un enfant placé en garde à vue bénéficie des mêmes garanties que celles dont bénéficie toute personne placée dans une telle situation. L'enfant bénéficie donc de la jurisprudence *Selmouni c/ France* du 28 juillet 1999⁷⁹⁸ qui est une jurisprudence de principe en la matière⁷⁹⁹. Ainsi, combiné avec l'article 1^{er} de la Convention, l'article 3 fait peser sur les autorités nationales des obligations substantielle (1°) et procédurale (2°) de protéger l'intégrité physique et morale des personnes privées de liberté.

1° L'obligation substantielle

263 Obligation négative et positive. En ce qui concerne l'obligation substantielle, l'obligation de l'Etat est d'abord une obligation « essentiellement négative » consistant à ne pas faire subir de mauvais traitements aux personnes relevant de leur juridiction⁸⁰⁰. L'obligation substantielle est aussi une obligation positive de protection des personnes gardées à vue⁸⁰¹. La Cour constate, dans son arrêt *Ribitsch c/ Autriche* du 4 décembre 1995 qu'« à l'égard d'une personne privée de sa liberté, l'usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le comportement de ladite personne, porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 »⁸⁰². Depuis l'arrêt *Tomasi c/ France* du 27 août 1992, la proportionnalité ne joue d'ailleurs plus aucun rôle en matière de brutalité policière sur des personnes privées de liberté. Abandonnant le critère de l'intensité des souffrances infligées aux victimes pour déterminer l'applicabilité de l'article 3, la Cour affirme que l'intégrité physique de la personne bénéficie d'une garantie absolue et que les nécessités de la lutte

⁷⁹⁷ *Tomasi c/ France* du 27 août 1992, §§ 108 à 111, série A. n° 241-A : *Rev. Sc. crim. Dr. pén. comp.*, 1993, 33, note F. Sudre ; *Berktaç c/ Turquie* du 1^{er} mai 2001, req. n° 22493/93, § 167 : *JCP G* 2001, I, 342, n° 2, obs. F. Sudre.

⁷⁹⁸ *Selmouni c/ France* du 28 juillet 1999, gr. ch., *Rec.*, 1999-V, 203 : *GACEDH*, n° 14 ; *JCP G* 1999, II, 10193, note F. Sudre ; *RGIDP* 2000, 181, note G. Cohen Jonathan ; *RTDH* 2000, 123, note, P. Lambert ; *Berktaç c/ Turquie*, préc. § 167.

⁷⁹⁹ *GACEDH* n° 14.

⁸⁰⁰ *Pretty c/ Royaume-Uni* du 29 avril 2002 : *GACEDH* n° 46 ; *JCP G* 2002, I, 157, n° 1 et 13, obs. F. Sudre ; *RJPF* 2002, p. 11, obs. E. Garaud ; *Defrénois* 2002, 1131, obs. Ph. Malaurie ; *RTD civ.* 2002, 858, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2003, 71, note O. de Schutter.

⁸⁰¹ *Selmouni c/ France*, préc. ; *Berktaç c/ Turquie*, préc.

⁸⁰² *Ribitsch c/ Autriche* du 4 décembre 1995, série A. n° 336 : *RUDH* 1996, 9, obs. F. Sudre § 38 ; Dans le même sens : *Selmouni c/ France*, préc., § 99 ; *Tekin c/ Turquie* du 9 juin 1998, § 53.

contre le terrorisme et le crime « ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne »⁸⁰³.

264 Présomption. En outre, la Cour estime qu'un Etat est responsable de toute personne placée en garde à vue car cette dernière est entièrement aux mains des fonctionnaires de police. Ainsi, toute blessure survenue pendant cette période donne lieu à de fortes présomptions de fait et il incombe au Gouvernement de produire des preuves établissant des faits qui font peser un doute sur le récit de la victime⁸⁰⁴. C'est à lui qu'il appartient de fournir une explication plausible sur l'origine des blessures, à défaut de quoi l'article 3 trouve à s'appliquer⁸⁰⁵. Il convient de citer ici quelques exemples de l'application de la jurisprudence de la Cour aux enfants. Ainsi, la Cour retient la violation de l'article 3 de la Convention dans l'affaire *Anguelova c/ Bulgarie* du 13 juin 2002⁸⁰⁶. Le fils de la requérante, d'origine Rom, âgé de dix-sept ans à l'époque des faits, est mort durant sa garde à vue. Les autorités bulgares ne pouvaient pas expliquer l'origine des blessures constatées sur le corps de l'enfant. Dans l'arrêt *Darraj c/ France* du 4 novembre 2010⁸⁰⁷ s'agissant d'un jeune de seize ans, menotté, ayant reçu des coups violents pendant sa garde à vue, la Cour européenne met l'accent sur le fait que le requérant était mineur au moment des faits et n'était pas connu des services de police pour considérer que les traitements exercés sur la personne du requérant ont revêtu un caractère inhumain et dégradant⁸⁰⁸. La Cour observe que c'est à partir du moment où les policiers ont tenté de menotter le requérant que celui-ci s'est montré agressif⁸⁰⁹. Toutefois, elle émet de sérieux doutes quant à la nécessité de le menotter, celui-ci ne s'étant montré ni agressif, ni dangereux, ni même agité avant le menottage⁸¹⁰. Elle considère dès lors que les actes dénoncés étaient de nature à engendrer des douleurs ou des souffrances physiques et mentales chez le requérant et, compte tenu de son âge et du stress post-traumatique constaté, à créer également des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement sa résistance physique et mentale.

⁸⁰³ *Tomasi c/ France*, préc., § 115 ; *Selmouni c/ France*, préc., § 95.

⁸⁰⁴ *Tomasi c/ France*, préc., §§ 108-111 ; *Berktaş c/ Turquie*, préc., § 167.

⁸⁰⁵ *Selmouni c/ France*, précité, § 87 ; *Büyükdag c/ Turquie* du 21 décembre 2000, req. n° 28340/95, § 51 ; *Berktaş c/ Turquie*, précité, § 168.

⁸⁰⁶ *Anguelova c/ Bulgarie* du 13 juin 2002, req. n° 38361/97, *Rec.*, 2002-IV.

⁸⁰⁷ *Darraj c/ France* du 4 novembre 2010, req. n°34588/07.

⁸⁰⁸ *Darraj c/ France*, préc., § 44.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, § 40.

⁸¹⁰ *Ibid.*, § 41.

2° L'obligation procédurale

265 **Enquête effective.** L'article 3 impose aux Etats une obligation procédurale de procéder à une enquête officielle approfondie et effective, chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire que des traitements contraires à l'article 3 ont été commis par des agents de l'Etat sur des personne privée de liberté. L'obligation d'enquête, à l'instar des autres obligations positives, est inhérente à l'article 3 de la Convention. Par conséquent, sa méconnaissance constitue en soi une violation de l'article 3, qu'il y ait ou non violation de l'obligation substantielle⁸¹¹.

266 **Exigences.** Découverte par la Cour européenne dans l'arrêt dans *McCann et autres c/ Royaume-Uni* du 27 septembre 1995⁸¹² dans le contexte de l'article 2 de la Convention, l'obligation procédurale de la Convention de mener une enquête effective⁸¹³ est affirmée pour la première fois sur le terrain de l'article 3 de la Convention dans l'arrêt *Assenov c/ Bulgarie* du 28 octobre 1998⁸¹⁴. L'affaire concerne le mauvais traitement commis pendant la garde à vue à un enfant de quatorze ans. Selon la Cour, « lorsqu'un individu affirme de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services comparables de l'Etat, des traitements contraires à l'article 3, cette disposition [...] requiert, par implication qu'il y ait une enquête officielle effective. Cette enquête, à l'instar de celle résultant de l'article 2, doit pouvoir mener à l'identification et à la punition des responsables. S'il n'en était pas ainsi, nonobstant son importance fondamentale, l'interdiction légale générale de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants serait inefficace en pratique »⁸¹⁵.

267 **Contrôle de l'effectivité de l'enquête.** Dans l'affaire *Assenov c/ Bulgarie*, la Cour juge impossible d'établir, à partir des preuves produites devant elle, si les

⁸¹¹ Pour les exemples de l'existence d'une violation substantielle voir : *Dikme c/ Turquie* du 11 juillet 2000, req. n° 20869/92 ; *Satik c/ Turquie* du 10 octobre 2000, req. n° 31866/96 ; Pour l'absence d'une violation substantielle voir : *Assenov c/ Bulgarie*, préc., § 106 ; *Labita c/ Italie* du 6 avril 2000, req. n° 26772/95.

⁸¹² *McCann et autres c/ Royaume-Uni*, gr. ch., du 27 février 1995, A. 324 : *GACEDH* n° 11 ; *AFDI* 1995, p. 485, obs. Coussirat-Coustère ; *RSC* 1996, p. 462, obs. R. Koering-Joulin ; *RTDH* 1996, p. 252, obs. A. Reiter-Korkmaz ; *RUDH* 1996, p. 9, chron. F. Sudre.

⁸¹³ Pour une vue d'ensemble sur l'obligation positive d'enquête tirée de l'article 3, voir J.-F. Akandji-Kombe : « L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH », in *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, C.-A. Chassin (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 123 ; sur l'obligation positive en général, voir F. Sudre : « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995, p. 263.

⁸¹⁴ *Assenov c/ Bulgarie* du 28 octobre 1998 : *D.* 1999, somm., 266, note P. Hennion ; *RTDH* 1999, n° 38, p. 383, obs. D. Rosenberg.

⁸¹⁵ *Assenov c/ Bulgarie*, préc., § 102 ; Dans le même sens, *Labita c/ Italie* du 6 avril 2000 ; *Caloc c/ France* du 20 juillet 2000.

blessures subies par le requérant lui ont été infligées par la police comme il l'affirme⁸¹⁶. Mais elle estime que, mis ensemble, les preuves médicales, le témoignage de M. Assenov, la détention de l'intéressé pendant deux heures au poste de police et le fait qu'aucun témoin n'ait déclaré que les coups portés par le père de M. Assenov ont été assez violents pour provoquer les ecchymoses constatées, engendrent un soupçon raisonnable que la police soit la cause desdites blessures⁸¹⁷. La Cour note que les autorités ont mené certaines investigations au sujet des allégations des requérants. Elle n'est toutefois pas convaincue que ces investigations aient été suffisamment approfondies et effectives pour remplir les exigences de l'article 3. L'enquêteur a très vite conclu que les blessures subies par M. Assenov, avaient été causées par son père, malgré l'absence de toute preuve. Les autorités ne se sont pas efforcées d'établir la vérité en contactant les témoins immédiatement après l'incident. En effet, elles n'ont recueilli à l'époque la déposition que d'un seul témoin indépendant, lequel était incapable de se remémorer les événements en question. La Cour note que les instructions menées étaient encore plus sommaires. Elle est notamment frappée par le fait que l'utilisation de la force physique contre un enfant privé de liberté lorsqu'elle n'est pas rendue strictement nécessaire par le comportement de l'intéressé, ne semblait pas choquant pour les magistrats instructeurs alors qu'il constitue normalement une violation des droits consacrés par l'article 3. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 3 eu égard à l'absence d'une enquête approfondie et effective au sujet de l'allégation défendable du requérant selon laquelle il avait été battu par des policiers pendant sa garde à vue.

268 Identification et punition des responsables. L'enquête doit également aboutir à l'identification et à la punition des responsables. C'est pourquoi dans l'affaire *Okkali c/ Turquie* du 17 octobre 2006⁸¹⁸ relatif à des mauvais traitements infligés à un enfant gardé à vue, la Cour européenne précise qu'« en la matière, les exigences procédurales de l'article 3 s'étendent au-delà du stade de l'instruction préliminaire lorsque, comme en l'espèce, celle-ci a entraîné l'ouverture de poursuites devant les juridictions nationales : c'est l'ensemble de la procédure, y compris la phase de jugement, qui doit satisfaire aux impératifs de l'interdiction posée par cette disposition.

⁸¹⁶ *Assenov c/ Bulgarie*, préc., § 100.

⁸¹⁷ *Ibid.*, § 101.

⁸¹⁸ *Okkali c/ Turquie* du 17 octobre 2006, req. n° 52967/99.

Ainsi, les instances judiciaires ne doivent en aucun cas s'avérer disposées à laisser impunies des atteintes à l'intégrité physique et morale des personnes »⁸¹⁹. Dans le cas d'espèce, suite à une plainte portée par le père de l'enfant, le procureur a mis le commissaire et le policier en accusation pour infraction réprimant « tout acte d'extorsion d'aveux sous la torture par des agents de la fonction publique ». La Cour d'assises a reconnu que l'enfant avait été battu par les policiers mais a décidé de requalifier les faits en « voie de fait et mauvais traitements ». Toutefois, elle leur a appliqué la sanction minimale qu'elle a atténuée du fait de leur comportement durant le procès, puis a commué la peine d'emprisonnement en peine d'amende et a ordonné le sursis à l'exécution des peines. La Cour de cassation a requalifié les faits en délit d'extorsion d'aveu et a renvoyé l'affaire devant la cour d'assises. Celle-ci a infligé une fois de plus la peine minimale aux accusés, à savoir un an de réclusion, peine qu'elle a atténuée du fait du comportement des intéressés durant la procédure, la ramenant ainsi à dix mois de réclusion, et a ordonné ensuite le sursis à l'exécution de ces peines. Cet arrêt a été confirmé par la Cour de cassation. Pour conclure à la violation de l'article 3 de la Convention, la Cour européenne considère que, « plutôt que de déterminer s'il y a eu une enquête préliminaire cadrant parfaitement avec l'ensemble des exigences procédurales en la matière – ce qui semble être d'ailleurs le cas –, il s'agit d'examiner si les instances judiciaires, gardiennes des lois instaurées pour protéger contre tout acte visant l'intégrité physique et morale de la personne, ont effectivement eu la volonté d'aboutir au châtement des responsables »⁸²⁰.

269 Nécessité d'une protection accrue. La Cour, en examinant la question du défaut de la protection accru dont le requérant aurait dû bénéficier en tant que mineur, constate avec regret que « les décisions internes et les observations du Gouvernement ne contiennent aucune mention de la gravité particulière, liée à l'âge de la victime, des actes litigieux, ni d'éventuelles dispositions internes relatives à la protection des mineurs » et qu' « on pouvait s'attendre à ce que les autorités accordent un certain poids à cette question de la vulnérabilité du requérant »⁸²¹. Dans le cas d'espèce, la Cour observe d'une part que le souci de faire bénéficier le mineur concerné d'une protection accru a fait gravement défaut. En effet, même si les faits de la cause se sont déroulés

⁸¹⁹ *Ibid.*, § 65.

⁸²⁰ *Ibid.*, § 68.

⁸²¹ *Ibid.*, § 70.

dans un intervalle relativement court, à savoir une heure et demi environ, elle estime que cette circonstance ne peut expliquer le fait que le requérant n'a pas bénéficié de l'assistance d'un avocat commis d'office à la suite de son arrestation ; de plus, cela ne justifie pas que le requérant n'a pas été interrogé par le procureur. La Cour souligne également que le dossier de l'affaire ne contient pas d'indications concernant une obligation de prévenir immédiatement les parents d'un mineur arrêté, avant tout acte d'autorités policières. Elle observe en outre que l'impunité à laquelle elle a abouti est propre à faire douter de la capacité du système judiciaire mis en œuvre en l'espèce à produire un effet suffisamment dissuasif pour protéger toute personne, mineur ou pas, contre des actes contraires à l'interdiction absolue posée par l'article 3⁸²².

270 Droit à un recours effectif. Dans l'arrêt *Assenov c/ Bulgarie* du 28 octobre 1998⁸²³, la Cour européenne précise que l'obligation procédurale de l'article 3 est également combiné avec l'obligation de « recours effectif » de l'article 13⁸²⁴. Ainsi, lorsqu'un individu formule une allégation défendable de sévices contraires à l'article 3 subis aux mains des agents de l'Etat, la notion de recours effectif implique, outre une enquête approfondie et effective du type de celle qu'exige l'article 3, un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête et le versement d'une indemnité s'il y a lieu⁸²⁵. Toutefois, un auteur souligne que le jeu des articles 3 et 13 en tant que fondements de l'obligation d'enquête manque de lisibilité : les exigences de l'enquête effective sont pratiquement identiques dans les deux cas⁸²⁶.

B. La protection de l'intégrité physique de l'enfant délinquant et l'application des peines

271 Compatibilité des peines à l'article 3 de la Convention. Les peines prononcées par un juge pénal pourraient par elles-mêmes être constitutives d'un traitement inhumain ou dégradant lorsqu'il s'agit de les appliquer à un enfant. Une violation de l'article 3 de la Convention peut trouver son origine dans la forme de la peine (1°) ou dans sa durée (2°).

⁸²² *Ibid.*

⁸²³ *Assenov c/ Bulgarie*, préc.

⁸²⁴ *GACEDH* n° 40.

⁸²⁵ *Assenov c/ Bulgarie*, préc., § 117 ; dans le même sens, voir par exemple : *Semsi Önen c/ Turquie* du 14 mai 2002 ; *Bati et autres c/ Turquie* du 3 juin 2004.

⁸²⁶ J.-F. Akandji-Kombe : « L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH », préc.

1° La forme de la peine

272 Châtiment judiciaire. Dans l'arrêt *Tyrer c/ Royaume-Uni* du 25 avril 1978⁸²⁷, la Cour est confrontée à la question de savoir si une certaine forme de peine, appliquée à un enfant, peut être une source de la violation de l'article 3 de la Convention. Il s'agit ici des châtiments judiciaires appliqués dans l'île de Man. En l'espèce, le requérant, M. Tyrer, collégien de quinze ans, a été fustigé de trois coups de verge à la suite d'une condamnation judiciaire pour avoir agressé et blessé un autre collégien. Alors que l'Angleterre, l'Irlande et l'Ecosse ont aboli en 1948 les châtiments judiciaires corporels d'adultes et de jeunes, l'île de Man étant dans une situation de complète autonomie interne, les a maintenus pour les enfants et les adolescents de sexe masculin. En pratique, la fustigation n'est utilisée que dans le cas des délits de violence les plus graves et elle est entourée d'un certain nombre de garanties : absence de publicité de la séance de fustigation, ainsi que du nom et de l'adresse du jeune condamné ; le nombre de coups maximum ainsi que le gabarit des instruments (cane ou verge) est réglé par la loi en fonction de l'âge ; l'autorisation et la présence d'un médecin sont requises pour la fustigation. Il est toujours possible de faire appel de la sentence de condamnation.

273 Qualification du mauvais traitement. La Cour, procédant à une qualification du mauvais traitement selon le critère de l'intensité de la souffrance de la personne à laquelle la peine est appliquée, juge d'abord que la peine subie par M. Tyrer ne constitue ni une « torture » ni une « peine inhumaine » au sens de l'article 3. En effet, la souffrance qu'elle a provoquée n'a pas atteint le niveau impliqué par ces notions⁸²⁸. Dès lors, la seule question qui se pose est celle de savoir si la peine incriminée était « dégradante ». Aux yeux de la Cour, pour qu'une peine soit « dégradante » et contraire à l'article 3, l'humiliation ou l'avilissement entraîné doit atteindre un niveau particulier et différer en tout cas de l'élément habituel d'humiliation que comportent d'ordinaire et presque inévitablement les châtiments judiciaires. L'appréciation à cet égard est relative : elle dépend notamment de la nature et du contexte de la peine ainsi que de ses modalités d'exécution⁸²⁹. La Cour précise que le traitement dégradant peut être celui qui

⁸²⁷ *Tyrer c/ Royaume-Uni* du 25 avril 1978 (série A n° 26) : *JDI* 1980, 457, obs. P. Rolland.

⁸²⁸ *Ibid.*, § 29.

⁸²⁹ *Ibid.*, § 30.

« humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience » ou qui abaisse l'individu « à ses propres yeux »⁸³⁰.

274 Peine dégradante. Dans le cas d'espèce, la Cour note que la législation de l'île de Man offre certaines garanties. Cependant, examinant l'ensemble des circonstances de la cause, elle estime que la fustigation infligée à l'intéressé constituait une peine dégradante. La Cour relève en effet plusieurs éléments : les peines judiciaires corporelles impliquent, par nature, qu'un être humain se livre à des violences physiques sur l'un de ses semblables. Il s'agit en outre de violences institutionnalisées, dont le caractère se combine avec l'ensemble de la procédure officielle entourant le châtement et avec le fait que les exécutants sont entièrement étrangers au délinquant. Quoique M. Tyrer n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtement – consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique – a porté atteinte à sa dignité et à son intégrité physique ; il a aussi éprouvé l'angoisse d'attendre les violences qu'on allait lui infliger. Enfin, la honte de se voir administrer la fustigation sur le derrière nu a, dans une certaine mesure, aggravé le caractère dégradant de la peine, mais elle n'a pas été le facteur unique ou déterminant. La condamnation est exécutée le même jour que la décision dans un poste de police, en présence de son père et d'un médecin. L'intéressé doit baisser son pantalon et son slip et se courber au-dessus d'une table⁸³¹. Appliquant ici la solution à un mineur de quinze ans, la Cour ajoute qu'« il peut fort bien suffire que la victime soit humiliée à ses propres yeux, même si elle ne l'est à ceux d'autrui »⁸³². En conséquence, la Cour décide que le châtement subi par le requérant a violé l'article 3.

275 Prohibition absolue. La Cour rejette la thèse du gouvernement anglais selon laquelle une grande partie de la population mannoise considère la fustigation comme un moyen de dissuasion efficace. A ses yeux, l'article 3 énonce une prohibition absolue et qu'on ne peut jamais admettre d'avoir recours à des peines contraires à l'article 3, quel que puisse être leur effet dissuasif⁸³³. En faisant référence à l'article 63 § 3 de la Convention qui permet d'adapter les dispositions de la Convention aux territoires dont un Etat membre assure les relations internationales, et pour lequel il aurait déclaré l'applicabilité de la Convention, la Cour ajoute que l'opinion publique locale ne saurait

⁸³⁰ *Ibid.*, §§ 29 et 32.

⁸³¹ *Ibid.*, §§ 30 à 35.

⁸³² *Ibid.*, § 32.

⁸³³ *Ibid.*, § 38.

en elle-même être considérée comme une preuve que les châtiments judiciaires corporels sont nécessaires dans l'île de Man comme arme de dissuasion pour le maintien de l'ordre public. Elle relève ensuite que rien ne lui montre que l'ordre public dans l'île ne puisse être préservé sans recours à de tels châtiments et que la pratique actuelle dans la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe autorise pour le moins, à douter que le maintien de l'ordre dans un pays européen exige la possibilité d'infliger semblables peines.

2° La durée de la peine

276 Peine d'emprisonnement. S'agissant du problème relatif à la compatibilité de la durée d'une peine à l'article 3 de la Convention, la question qui est posée à la Cour est de savoir si la durée de la peine d'emprisonnement appliquée aux enfants peut être constitutive de violation de cette disposition. Les mineurs peuvent être condamnés à une peine d'emprisonnement si cette peine est conforme aux exigences de l'article 5 § 1 a) de la Convention ainsi qu'aux garanties entourant la privation de liberté⁸³⁴. Toutefois, c'est la durée de la condamnation qui peut être mise en cause au regard de l'article 3 de la Convention. La question est soulevée devant la Cour dans les arrêts *T. et V. c/ Royaume-Uni* du 16 décembre 1999⁸³⁵ relatifs à la condamnation de deux enfants de onze ans, conformément au droit anglais, à une peine d'emprisonnement « pour une durée qu'il plaira à Sa Majesté ». En effet, cette peine se décompose en deux éléments : d'une part, la peine punitive à proprement parler, ce que l'on appelle le « tarif », qui s'analyse comme « la période minimale à purger pour répondre aux impératifs de répression et de dissuasion »⁸³⁶ ; à cette peine s'ajoute une détention destinée cette fois à protéger le public contre les risques que représente l'enfant : la détention pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté. C'est ce deuxième volet de la peine que les requérants mettaient en cause, affirmant qu'eu égard à leur jeune âge au moment de la peine, cette sanction était disproportionnée et constituait une violation de l'article 3.

277 Interdiction d'une peine perpétuelle. La Cour rappelle que la peine ne doit en aucun cas être perpétuelle, en se référant à l'article 37 de la Convention des Nations Unies qui interdit de prononcer l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération

⁸³⁴ Voir *Supra.*, n° 255 et s.

⁸³⁵ *T. et V. c/ Royaume-Uni* du 16 décembre 1999 : *Les Petites affiches* 2000, n° 20, p. 6, obs. A. Bullier ; *Dr. fam.*, n° 3, p. 29, comm. n° 46, obs. A. Gouttenoire.

⁸³⁶ *T. c/ Royaume-Uni*, préc., § 40.

pour des infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans et dispose que la détention d'un enfant « doit n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible »⁸³⁷. La Cour se réfère également à l'article 17 § 1 b) des règles de Beijing, qui recommande de limiter au minimum les restrictions à la liberté personnelle du mineur⁸³⁸. Estimant à plusieurs reprises que la Convention impose aux Etats l'obligation de prendre des mesures propres à protéger le public contre les crimes violents⁸³⁹, la Cour considère que la détention pour une durée qu'il plaira à Sa Majesté est parfaitement légale en droit anglais et ne peut être considérée comme arbitraire. En effet, « l'élément de rétribution inhérent au principe de la période punitive n'emporte pas en soi violation de l'article 3 et [...] la Convention n'interdit pas aux Etats d'infliger à un enfant ou à un adolescent convaincu d'une infraction grave une peine de durée indéterminée permettant de maintenir le délinquant en détention ou de le réintégrer en prison à la suite de sa libération lorsque la protection du public l'exige »⁸⁴⁰.

278 Indétermination de la durée de la période punitive. C'est l'indétermination de la durée de la période punitive qui pose problème dans les cas d'espèce. Ainsi, la Cour souligne dans les arrêts *T. et V.* que l'« on ne saurait exclure, en particulier dans le cas d'un enfant aussi jeune que l'était le requérant au moment de sa condamnation, que l'absence prolongée et injustifiable de décision sur la période punitive, qui laisse le détenu dans l'incertitude pendant de nombreuses années quant à son avenir, puisse également soulever un problème au regard de l'article 3 »⁸⁴¹. Elle met donc en évidence le lien étroit entre l'âge du mineur condamné et l'appréciation de la proportionnalité de la peine. Plus cet âge est bas, plus il va faire baisser le seuil minimum de gravité permettant de qualifier cette peine d'inhumaine et dégradante⁸⁴². Cependant, en raison des circonstances d'espèce, elle conclut dans les arrêts *T. et V.* à l'absence de violation de l'article 3 de la Convention en considérant que « le requérant n'a pas encore atteint le stade de sa peine où il peut faire examiner la légalité de son maintien en détention du

⁸³⁷ *Ibid.*, § 96.

⁸³⁸ *Ibid.*

⁸³⁹ *A. c/ Royaume-Uni* du 23 septembre 1998, § 22 ; *Osman c/ Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, § 115.

⁸⁴⁰ Voir par exemple : *Hussain c/ Royaume-Uni*, 21 février 1996, req. n° 21928/93, § 53, *JDI* 1997, n° 1, p. 207, obs. M. Poutiers.

⁸⁴¹ *T. c/ Royaume-Uni*, préc., § 99.

⁸⁴² I. Berro-Lefèvre, « La vision de la Cour européenne des droits de l'homme », Dossier Réforme de l'ordonnance de 1945 : le rapport Varinard, *AJ pénal*, 2009 n° 1, p. 17.

point de vue de la dangerosité » et « tant qu'une nouvelle décision n'aura pas été prise, il sera impossible de tirer des conclusions sur la durée de la période de détention punitive à purger par le requérant »⁸⁴³. Les enfants ont passé six ans en détention à la date de l'arrêt. Par conséquent, la Cour considère que, vu « le laps de temps relativement court »⁸⁴⁴, il n'y a pas de violation de l'article 3 dans les cas d'espèce⁸⁴⁵.

⁸⁴³ *T. c/ Royaume-Uni*, préc, § 98.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, § 99.

⁸⁴⁵ *Ibid.*

Chapitre 2 : La protection de l'enfant victime

279 **Vulnérabilité de l'enfant.** Les enfants font partie des personnes vulnérables en raison de leur âge et leur manque d'expérience, ce qui fait qu'ils sont susceptibles de souffrir particulièrement d'une violation du droit à l'intégrité physique et du droit à la liberté. En réalité, les mauvais traitements peuvent prendre plusieurs formes et les auteurs de ces actes peuvent être des agents de l'Etat ou des simples particuliers. Mis à part l'hypothèse de la protection de l'enfant délinquant, l'hypothèse abordée dans le chapitre précédent, deux autres groupes d'enfants sont susceptibles d'être victimes de la violation du droit à l'intégrité et à la liberté. Ce chapitre aborde donc ces deux problèmes successivement : premièrement, le problème des enfants étrangers qui peuvent être victimes des mauvais traitements et de la privation de liberté dans le cadre du contrôle de l'immigration (Section 1) et deuxièmement, le problème des enfants victimes des mauvais traitements (Section 2).

Section 1 : La protection de l'enfant étranger dans le cadre du contrôle de l'immigration

280 **Article 5 § 1 de la Convention.** Le paragraphe 1^{er} de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté » et que « nul ne peut être privé de sa liberté sauf dans les cas suivants et selon les voies légales ». Ce paragraphe affirme de manière inconditionnelle que la liberté est le principe et que la liste des exceptions au droit à la liberté figurant à l'article 5 § 1 revêt un caractère exhaustif, seule une interprétation étroite cadrant avec le but de cette disposition⁸⁴⁶.

⁸⁴⁶ Voir par exemple *K.-F. c/ Allemagne* du 27 novembre 1997, § 70, Recueil 1997-VII ; *D.G. c/ Irlande* du 16 mai 2002, req. n° 39474/98 : *JCP G* 2002, n° 31, p. 1453, obs. F. Sudre.

281 Aggravation de la vulnérabilité de l'enfant. Si la Convention européenne ne prévoit pas expressément la possibilité de rétention d'un mineur dans le cadre du contrôle de l'immigration, en réalité, il n'est pas rare qu'un enfant faisant l'objet d'un refus d'entrer sur le territoire national, qu'il soit ou non isolé, soit détenu provisoirement dans un centre de rétention ou dans une zone d'attente dans un aéroport en attendant son départ. L'enfant peut également être retenu dans un centre de rétention lorsqu'il accompagne ses parents en situation irrégulière, interdits d'entrer dans le pays ou condamnés à un départ forcé. Accompagné ou non, les migrations sont susceptibles d'aggraver la vulnérabilité de l'enfant qui y participe⁸⁴⁷.

282 Phénomène inquiétant. L'arrivée des enfants étrangers non accompagnés⁸⁴⁸ dans tous les Etats européens n'est pas un phénomène nouveau. Plusieurs raisons (les craintes de persécutions ou de conflit armé, les guerres, la pauvreté, la prostitution ou les autres formes d'exploitations) poussent ces mineurs à fuir leur pays d'origine et conduisent les parents à envoyer leurs enfants en dehors de leur pays en recherche de meilleures conditions de vie. L'arrivée de ces enfants est devenue préoccupante en Europe depuis la fin des années 1990⁸⁴⁹ et reste relativement constant depuis⁸⁵⁰. En France, il a été constaté une augmentation des mineurs isolés arrivant dans le pays pour demander l'asile au début des années 2000⁸⁵¹. Pour les enfants accompagnés (les enfants dont les parents ont émigré, les enfants dont les parents font l'objet d'une

⁸⁴⁷ M.-F., Valette, « La vulnérabilité de l'enfant au gré des migrations », *RTDH* 2010, p. 103.

⁸⁴⁸ Plusieurs termes sont utilisés pour évoquer leur situation : mineurs isolés, séparés, non accompagné, définitivement ou temporairement, contraints ou non, etc. ; Selon la résolution n° 97/C/ 221/03 du Conseil de l'Union européenne du 26 juin 2007 (*J.O.C.E.*, C 221 du 19 juillet 1997, p. 23, art. 1), les mineurs étrangers non accompagnés sont généralement définis comme « les ressortissants de pays tiers âgés de moins de dix-huit ans qui entrent sur le territoire des Etats membres sans être accompagnés d'un adulte qui soit responsable d'eux, de par la loi ou la coutume, et tant qu'ils ne sont pas effectivement pris en charge par une telle personne ». ; Cette définition est également retenue par le H.C.R. (*Note sur les politiques et procédures à appliquer dans le cas des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, 1^{er} septembre 2005, CRC/GC/2005/6, § 7.). Il est précisé dans les actes communautaires pris sur le fondement du titre IV de T.C.E. que la définition des mineurs étrangers non accompagnés « couvre également les mineurs qui cessent d'être accompagnés après leur entrée sur le territoire des Etats membres ».

⁸⁴⁹ Voir UNHCR, *Trends in un accompanied and separated children seeking asylum in industrialized countries*, 2001-2003, Genève, juillet 2004, p. 14 : L'Union européenne aurait accueilli près de 10 352 mineurs non accompagnés qui y ont déposé une demande d'asile en 2003 ; voir également B. Masson, *Les mineurs étrangers en droit français et droit européen*, thèse de droit public (dact.), Université Paris XI, décembre 2006, p. 414.

⁸⁵⁰ Voir par exemple, le rapport du J. Bustamante, rapporteur spécial sur les droits des migrants, document A/HRC/11/7 du 14 mai 2009, § 20 ; la communication de la Commission au Parlement et au Conseil de l'Union européenne, *Plan d'action pour les mineurs non accompagnés (2010-2014)* du 6 mai 2010, § 1 ; K. Halvorsen, « Alone and Far from home : Are Separated Refugee Children Adequately Protected ? », *Human Rights Review*, October-December 2005, spécialement p. 80.

⁸⁵¹ OFPRA, *Rapport d'activité*, 2004, p. 7 : 167 mineurs isolés ont demandé l'asile à la frontière en France en 2005, 231 en 2004.

mesure d'expulsion), les migrations sont susceptibles d'aggraver leur vulnérabilité, malgré le fait qu'ils sont en famille⁸⁵². Face à ce phénomène, des études constatent l'insuffisance de la prise en compte du droit de l'enfant étranger au sein des différents Etats membres et particulièrement en France⁸⁵³. Dans le même sens, il a fallu la condamnation de la Cour européenne dans l'affaire *Mubilanzila Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006⁸⁵⁴ pour que la Belgique débute la réforme de son droit⁸⁵⁵.

283 Attention croissante. Les travaux européens et internationaux montrent l'attention croissante portée aux enfants étrangers. La question des mineurs non accompagné commence à faire l'objet d'un traitement communautaire dans le titre IV du traité d'Amsterdam⁸⁵⁶. Le projet spécifique du « Plan d'action pour les mineurs non accompagnés⁸⁵⁷ » et le programme de Stockholm sur « Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens »⁸⁵⁸ s'intéressent également au sujet des mineurs étrangers non accompagnés⁸⁵⁹. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, dans sa recommandation (2007)9 intitulée « Projets de vie pour les mineurs migrants non accompagnés »⁸⁶⁰, entend proposer des éléments théoriques et des conseils pratiques aux professionnels de terrain ainsi que préciser les obligations positives des Etats à l'égard des enfants non accompagnés. La recommandation insiste sur le fait que les droits et l'intérêt supérieur des mineurs doivent rester au cœur de toute cette entreprise. Les observations du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies vont dans le même

⁸⁵² Voir M.-F., Valette, « La vulnérabilité de l'enfant au gré des migrations », préc.

⁸⁵³ Pour plus d'informations sur les pratiques françaises, voir J.-F. Martini, « L'inhumanité du traitement des enfants en zone d'attente », *J.D.J.-R.A.J.S.* n° 262, février 2007, p. 19 ; voir également pour les enfants accompagnés, M. Farge et A. Gouttenoire, « La rétention d'un enfant étranger accompagnant ses parents : la nécessité de faire primer les droits fondamentaux de l'enfant sur l'objectif de maîtrise de l'immigration », *Dr. fam.* 2010, étude 14.

⁸⁵⁴ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006, req. n° 13178/03, § 96 : *D.* 2007, n° 11, p. 771, obs. P. Muzny ; *RCDIP* 2008, n° 1, p. 35, obs. C. Cournil.

⁸⁵⁵ Loi-programme du 24 décembre 2002 : tutelle des mineurs étrangers non accompagnés (dite « loi Tabitha »), *Mon. b.* 31 décembre 2002 ; arrêté royal du 22 décembre 2003 portant exécution du Titre XIII, Chapitre 6, « Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés » de la loi-programme du 24 décembre 2002, *Mon. b.*, 29 janvier 2004.

⁸⁵⁶ Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes (97/C 340/01), signé à Amsterdam, le 2 octobre 1997.

⁸⁵⁷ la communication de la Commission au Parlement et au Conseil de l'Union européen, *Plan d'action pour les mineurs non accompagnés (2010-2014)* du 6 mai 2010, document COM(2010)213 final.

⁸⁵⁸ Le programme de Stockholm. Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *J.O.U.E.*, C 115, 4 mai 2010.

⁸⁵⁹ Voir en détails, M.-F., Valette, « La vulnérabilité de l'enfant au gré des migrations », préc.

⁸⁶⁰ La recommandation adoptée le 12 juillet 2007.

sens⁸⁶¹. Il convient de citer également la Convention internationale des droits de l'enfant qui reconnaît la nécessité d'accorder aux enfants une protection particulière « en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle »⁸⁶². Cette Convention est au cœur de la réflexion de la Cour européenne lors qu'elle insiste sur la nécessité d'accorder aux enfants étrangers un régime de protection renforcée. Selon un auteur, « les références à la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 sont inévitables mais troublantes par leur fréquence et leur portée »⁸⁶³.

284 Obligation de protection. Dans la recherche de l'équilibre entre la protection des droits fondamentaux des enfants et les impératifs des politiques migratoires des Etats membres, la Cour européenne fait peser sur les Etats membres l'obligation d'accorder aux enfants étrangers dans le cadre du contrôle d'immigration, la protection de la liberté (§ 1) et de l'intégrité (§ 2).

§ 1 : La protection de la liberté de l'enfant étranger dans le cadre du contrôle de l'immigration

285 Droit de contrôler l'entrée et séjour des étrangers. La Cour européenne rappelle à plusieurs reprises que « les Etats contractants ont le droit de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire »⁸⁶⁴ mais souligne que « ce droit doit s'exercer en conformité avec les dispositions de la Convention, dont l'article 5 »⁸⁶⁵ et « sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités »⁸⁶⁶. Si l'article 5 § 1 affirme de manière inconditionnelle que « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté, l'alinéa f) de cette disposition prévoit une exception. Ce paragraphe permet « l'arrestation ou la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours »⁸⁶⁷.

⁸⁶¹ Voir en particulier, Comité des droits de l'enfant, observation générale n°6, Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, 2005, document CRC/GC/2005/6.

⁸⁶² Voir le préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

⁸⁶³ B. Masson, « Un enfant n'est pas un étranger comme les autres », *RTDH* 2007, p.823.

⁸⁶⁴ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006, req. n° 13178/03, § 96 : *D.* 2007, n° 11, p. 771, obs. P. Muzny ; *RCDIP* 2008, n° 1, p. 35, obs. C. Cournil.

⁸⁶⁵ *Ibid.*

⁸⁶⁶ Voir par exemple *Moustaquim c/ Belgique* du 18 février 1991, § 43.

⁸⁶⁷ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc., § 101.

286 Exigences. Comme toutes les détentions prévues à l'article 5 § 1 de la Convention, celle-ci doit être prévue par la loi et doit être « régulière »⁸⁶⁸. C'est pourquoi la Cour européenne exerce un examen rigoureux de la régularité de rétention des enfants étrangers (A.). Elle veille également à ce que l'enfant retenu dans ce cadre bénéficie des garanties prévues à l'article 5 § 4 (B.).

A. L'examen rigoureux de la régularité de la rétention

287 Applicabilité de l'article 5 § 1 f) de la Convention. Contrairement à la détention en vue de son éducation surveillée ou en vue de sa traduction devant l'autorité compétente prévue à l'article 5 § 1 d), la Convention européenne ne prévoit pas expressément la possibilité de rétention d'un mineur dans le cadre du contrôle de l'immigration. La première question qui se pose est donc de savoir si, en principe, un enfant étranger peut être retenu provisoirement dans ce cas. Cette question s'est posée à la Cour européenne dans l'arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006⁸⁶⁹. Dans cet arrêt, une mineure étrangère de cinq ans était détenue, sans sa famille, dans un centre pour adultes en séjour illégal. Les requérants ont soutenu que la rétention d'un mineur ne pourrait jamais se justifier en dehors des cas prévus par l'article 5 § 1 d). La Cour rejette ce raisonnement en estimant que « ce paragraphe renferme en réalité un cas spécifique, mais non exclusif, de détention d'un mineur, à savoir, celle qui serait faite en vue de son éducation surveillée ou en vue de sa traduction devant l'autorité compétente pour décider en la matière »⁸⁷⁰. Ainsi, en ce qui concerne l'enfant retenu dans le cadre du contrôle de l'immigration, la Cour estime que « la détention litigieuse était motivée par le caractère illégal du séjour de l'enfant en raison de ce qu'il n'était pas en possession des documents requis et se rattache donc au paragraphe f) de l'article 5 de la Convention. Par conséquent, la rétention de mineur dans le cadre de l'article 5 § 1 f) ne constitue pas en soi une mesure irrégulière »⁸⁷¹.

288 Exigences. Si la détention de l'enfant dans le cadre du contrôle de l'immigration peut relever d'une hypothèse prévue par l'article 5 § 1 f), cela ne signifie pas qu'elle est en soi régulière. Cependant, la possibilité de rétention de l'enfant est soumise à plusieurs conditions. Selon la jurisprudence constante, pour que la détention

⁸⁶⁸ *GACEDH* n° 18.

⁸⁶⁹ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc., § 96.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, § 100.

⁸⁷¹ *Ibid.*, § 101.

soit « régulière », il faut un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué de privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de la rétention⁸⁷². De plus, la durée de la rétention ne doit pas excéder le délai raisonnablement nécessaire pour atteindre le but poursuivi⁸⁷³. L'appréciation de la régularité de la rétention varie selon le fait que l'enfant retenu est ou non accompagné de sa famille.

289 Distinction. Lorsque l'enfant n'est pas accompagné de ses parents, la Cour européenne interdit de lui appliquer automatiquement le régime du droit commun des majeurs étrangers (1°). S'agissant de l'enfant accompagné, la Cour européenne impose la nécessité d'adapter des centres accueillant sa famille (2°).

1° L'exigence d'un régime adapté

290 Exigence de prise en compte de la situation particulière. La Cour souligne l'importance de tenir compte du fait que l'enfant est une personne vulnérable en raison de son âge et n'hésite pas à condamner des Etats en raison de l'application automatique de la loi. C'est ainsi que la Cour conclut à la violation de l'article 5 §1 f) dans l'arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*. En l'espèce, la Cour remarque que l'enfant a été retenu en application d'une loi ne contenant, au moment des faits, aucune disposition spécifique aux mineurs. Les dispositions relatives à la privation de liberté de l'étranger s'appliquaient sans que la minorité éventuelle de l'étranger entre en ligne de compte⁸⁷⁴. L'enfant était retenu dans un centre fermé conçu pour des adultes étrangers en séjour illégal, dans les mêmes conditions que celles d'une personne adulte, lesquelles n'étaient par conséquent pas adaptées à sa situation d'extrême vulnérabilité liée à son statut de mineure étrangère non accompagnée⁸⁷⁵. Son droit à la liberté n'a donc pas été garanti de manière suffisante⁸⁷⁶. La Cour se prononce dans le même sens, dans l'arrêt *Rahimi c/ Grèce* du 5 avril 2011⁸⁷⁷, concernant un mineur isolé, entré illégalement en Grèce et retenu au centre de détention dans les mêmes conditions que les adultes avant d'être remis en liberté. Sa privation de liberté était fondée sur la loi et visait bien à garantir la possibilité de procéder à son expulsion et la durée de la rétention du requérant, à savoir deux jours, ne saurait en principe être considérée comme

⁸⁷² *Ashingdane c/ Royaume-Uni* du 28 mai 1985 ; *Aerts c/ Belgique* du 30 juillet 1998 ; *Mubilanzila*, préc., § 102.

⁸⁷³ *Saadi c/ Royaume-Uni*, gr. ch., du 29 janvier 2008, req. n° 13229/03, § 74.

⁸⁷⁴ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc., § 99.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, § 103.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, § 104.

⁸⁷⁷ *Rahimi c/ Grèce* du 5 avril 2011, req. n° 8687/08 : *RTDH* 2012, p. 103, obs. M.-F. Valette.

déraisonnable afin d'atteindre le but poursuivi⁸⁷⁸. Toutefois, la décision de la mise en rétention du requérant apparaît comme le résultat de l'application automatique de la loi, sans que sa situation particulière d'enfant isolé soit examinée.

291 Intérêt supérieur de l'enfant. Dans L'affaire *Rahimi c/ Grèce*, la Cour fait référence à la Convention internationale des droits de l'enfant pour considérer que cette application automatique ne semble pas compatible avec la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par son article 3 et la jurisprudence de la Cour⁸⁷⁹. Elle souligne également que l'article 37 de la même Convention soumet notamment la rétention de l'enfant au respect d'une série d'exigences. D'après son alinéa 3, la rétention, en plus d'être conforme à la loi, « doit n'être qu'une mesure de dernier ressort, aussi brève que possible ». Il faut en outre, d'après son alinéa 4, que l'enfant privé de liberté « soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge ». Cela signifie plus précisément que « tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par les visites, sauf circonstances exceptionnelles ». Dans ces conditions, la Cour reproche donc, dans l'arrêt *Rahimi c/ Grèce*, aux autorités grecques l'absence de prise en compte de l'intérêt supérieur du requérant en tant que mineur. Les autorités auraient dû chercher à substituer à la rétention une autre mesure moins radicale. Ces éléments font douter la Cour quant à la bonne foi des autorités lors de la mise en œuvre de la mesure de rétention. C'est ainsi qu'elle conclut que la rétention du requérant n'était pas régulière au sens de l'article 5 § 1 f)⁸⁸⁰.

2° La nécessaire adaptation des centres accueillant les enfants accompagnant leurs parents

292 Centres inadaptés. Pour la Cour européenne, le fait que les enfants ne sont pas séparés de leurs parents ne signifie pas que la rétention est régulière tant que le

⁸⁷⁸ *Ibid.*, § 107.

⁸⁷⁹ *Neulinger et Shuruk c/ Suisse* du 6 juillet 2010, req. n°41615/07, § 135 : *JCP G* 2010, n° 30, p. 1520, obs. B. Pastre-Belda ; *RTD Civ.* 2010, n° 4, p. 735, obs. J-P. Marguénaud ; *RTDE* 2010, n° 4, p. 927 ; *JCP G* 2011, n° 4, p. 182, obs. F. Sudre ; *D.* 2011, n° 20, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke : Dans l'affaire *Neulinger et Shuruk*, la Cour note que, dans le contexte de sa jurisprudence sur l'article 8 de la Convention et la protection de la vie familiale, elle a déjà admis qu'il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer.

⁸⁸⁰ *Rahimi c/ Grèce*, préc., §§108 à 110.

régime de rétention ne leur est pas adapté. Dans l'arrêt *Muskhadzhiyeva et autres c/ Belgique* du 19 janvier 2010⁸⁸¹, une mère de famille et ses quatre enfants ont fui la Tchétchénie pour la Belgique et ont introduit une demande d'asile sur le territoire belge. Après une série d'événements, les requérants ont été conduits dans le centre fermé 127 bis où ils ont été retenus pendant un mois en attendant leur expulsion. Le Gouvernement belge a invoqué que, pendant leur séjour dans le centre de rétention, les enfants n'ont pas été séparés de leur mère. Toutefois, la Cour, en se référant à ses développements dans l'arrêt *Mubilanzila*, « n'aperçoit pas en l'espèce de raisons de départir de cette conclusion en ce qui concerne les quatre enfants, et ceci en dépit du fait qu'ils étaient accompagnés de leur mère »⁸⁸². Elle conclut donc à la violation de l'article 5 § 1 dans le chef des quatre enfants requérants. La Cour arrive à la même conclusion dans l'affaire *Kanagaratnam et autres c/ Belgique* du 13 décembre 2011⁸⁸³. Les circonstances du cas d'espèce sont comparables à celles de l'affaire *Muskhadzhiyeva*. Elles concernent des enfants mineurs enfermés avec leur mère dans le même centre, le centre fermé 127 bis, que la Cour a jugé inadapté à l'accueil des enfants⁸⁸⁴.

293 **Contrôle rigoureux.** La Cour se montre très sévère en ce qui concerne l'analyse de la régularité de la rétention. Ainsi, il ne suffit pas que les enfants, accompagnés de leurs parents, soient détenus dans un endroit dit « apte à les recevoir » pour répondre aux exigences de l'article 5 § 1. Dans l'arrêt *Popov c/ France* du 19 janvier 2012⁸⁸⁵, une famille a été retenue pendant quinze jours au centre de rétention administrative de Rouen-Oissel dans l'attente de leur expulsion vers le Kazakhstan. Ce centre était, en principe, habilité à recevoir des familles car il prévoyait une aile d'accueil des familles qui fait que les enfants étaient accompagnés de leurs parents. Toutefois, les exigences de l'article 5 § 1 n'ont pas été respectées lorsque leur situation particulière – la présence des enfants – n'a pas été prise en compte par les autorités dans

⁸⁸¹ *Muskhadzhiyeva et autres c/ Belgique* du 19 janvier 2010, req. n° 41442/07 : *Dr. fam.* 2010, n°6, p. 19, études 14, obs. M. Farge et A. Gouttenoire ; *D.* 2010, n° 43, p. 2868 ; *D.* 2010, n° 29, p. 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *JCP G* 2010, n° 35, p. 1587, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2010, n° 7, 194, obs. L. Milano ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 76-77, p. 14, obs. F. Desprez ; *Lexbase hebdo* n° 384 du 25 février 2010 (n° Lexbase : A2046ER9), obs. A. Gouttenoire.

⁸⁸² *Ibid.*, § 74.

⁸⁸³ *Kanagaratnam et autres c/ Belgique* du 13 décembre 2011, req. n° 15297/09, § 73 : *Dr. fam.* 2012, comm. n° 33, obs. M. Bruggeman.

⁸⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁸⁵ *Popov c/ France* du 19 janvier 2012, req. n° 39472/07 et 39474/07 : *JCP G* 2012, n° 8, p. 375, obs. F. Sudre ; *D.* 2012, n° 6 P. 363, obs. C. Fleuriot ; *AJDA* 2012, p. 127, obs. R. Grand ; *Lexbase Hebdo édition privée générale* n° 472 (n° Lexbase N0138BTB), obs. A. Gouttenoire.

la construction du centre. La Cour note qu'en réalité, les infrastructures disponibles dans la zone « familles » du centre ne sont pas adaptées à la présence d'enfants⁸⁸⁶.

294 Distinction. Il faut souligner ici l'importance que la Cour donne à l'impératif de protection spécifique des enfants quand elle examine la rétention au regard de l'article 5 § 1 f). C'est pourquoi elle fait bien une distinction entre les enfants et les parents détenus dans le même centre. En ce qui concerne les parents, la Cour estime que « l'article 5 § 1 f) n'exige pas que la rétention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours puisse être considérée comme raisonnablement nécessaire, par exemple pour l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir »⁸⁸⁷. Autrement dit, la seule existence de cette procédure justifie la rétention sans qu'il ne soit nécessaire d'établir qu'elle était le seul moyen d'atteindre le but poursuivi, à savoir la mise en œuvre de la procédure d'expulsion⁸⁸⁸. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Muskhadzhiyeva*, la Cour européenne juge que la Belgique n'a pas violé l'article 5 § 1 de la Convention en ce qui concerne la rétention de la mère des enfants⁸⁸⁹. Elle arrive à la même conclusion dans l'arrêt *Popov c/ France*⁸⁹⁰.

295 Interrogation sur une alternative à la rétention. Grâce au contrôle rigoureux de la Cour européenne sur le fondement de l'article 5 de la Convention, les enfants doivent non seulement être retenus dans un lieu adapté, mais les autorités compétentes doivent également se demander si « le placement en rétention administrative était une mesure de dernier ressort à laquelle aucune alternative ne pouvait se substituer »⁸⁹¹. Aux yeux de la Cour européenne, il semblerait donc plus souhaitable d'avoir recours à d'autres mesures comme une assignation de la famille à résidence ou un hébergement dans une chambre d'hôtel. Mais l'existence d'un enfant provoquerait peut-être une discrimination entre étrangers avec ou sans enfant en instance d'éloignement⁸⁹². Selon la Cour européenne, les enfants doivent également bénéficier, de manière efficace, des garanties prévues à l'article 5 § 4 de la Convention.

⁸⁸⁶ *Popov c/ France*, préc., § 119 à 121.

⁸⁸⁷ *Chahal c/ Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, § 112 : *JCP G* 1997, I, 4000, n° 9, obs. F. Sudre.

⁸⁸⁸ M. Farge et A. Gouttenoire, « La rétention d'un enfant étranger accompagnant ses parents : la nécessité de faire primer les droits fondamentaux de l'enfant sur l'objectif de maîtrise de l'immigration », *Dr. fam.* 2010, n°6, études 14 p, 19.

⁸⁸⁹ *Muskhadzhiyeva et autres c/ Belgique*, préc., § 74.

⁸⁹⁰ *Popov c/ France*, préc., § 120.

⁸⁹¹ *Ibid.*, § 119.

⁸⁹² En ce sens, M. Farge et A. Gouttenoire, « La rétention d'un enfant étranger accompagnant ses parents : la nécessité de faire primer les droits fondamentaux de l'enfant sur l'objectif de maîtrise de l'immigration », préc.

B. L'exigence de l'efficacité des garanties prévues à l'article 5 § 4 de la Convention

296 Droit d'introduire un recours. L'article 5 § 4 de la Convention garantit à toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention « le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». La procédure prévue à l'article 5 § 4 exige de donner à l'individu des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté dont il s'agit⁸⁹³. La Cour rappelle que le concept de « régularité » et « légalité » doit avoir le même sens au paragraphe 4 de l'article 5 qu'au paragraphe 1^{er}, de sorte qu'une personne retenue a le droit de faire contrôler sa détention sous l'angle non seulement du droit interne, mais aussi de la Convention. Ainsi, l'article 5 § 4 ne garantit pas le droit à un contrôle juridictionnel d'une ampleur telle qu'il habiliterait le tribunal à substituer sur l'ensemble des aspects de la cause, y compris des considérations de pure opportunité, sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision. Il n'en vaut pas moins un contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables à la régularité de la détention d'un individu au regard du paragraphe 1^{er}⁸⁹⁴.

297 Problèmes. L'application des garanties prévues à l'article 5 § 4 de la Convention suscite deux problèmes dans le cadre de rétention provisoire d'un enfant étranger : il s'agit d'une part du problème de l'existence – ou plutôt l'absence – d'une voie de recours contre la décision sur la légalité de leur détention (1^o) et d'autre part, du problème de l'efficacité des recours (2^o). La Cour européenne se saisit donc des occasions qu'offrent ses arrêts pour préciser les obligations pesant sur les Etats dans ce domaine.

1^o Le problème de l'existence d'une voie de recours

298 Enfant ne faisant pas d'objet du placement. Dans l'arrêt *Popov c/ France* du 19 janvier 2012⁸⁹⁵ s'agissant des enfants accompagnant leurs parents retenus en attendant leur l'expulsion, la Cour constate que, faisant l'objet de l'expulsion, les parents requérants ont eu la possibilité d'exercer un recours permettant d'obtenir une

⁸⁹³ *De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique* du 18 juin 1971, § 76, série A. no 12 : *JT* 1971, p. 341, obs. J. Velu ; *AFDI* 1972, p. 443, obs. R. Pelloux.

⁸⁹⁴ *Chahal*, précité, § 127 ; *Rahimi*, précité, § 113.

⁸⁹⁵ *Popov c/ France* du 19 janvier 2012, préc.

décision sur la légalité de leur détention. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 5 § 4 de leur chef⁸⁹⁶. En revanche, la loi française ne prévoit pas qu'un mineur soit placé en rétention administrative. Par conséquent, les enfants n'ont pas fait d'objet, eux-mêmes, d'un arrêté prévoyant leur placement en rétention administrative et le juge des libertés et de la détention n'a ainsi pas pu se prononcer sur la légalité de leur présence au centre de rétention.

299 Vide juridique. La Cour estime ainsi que les enfants accompagnants leurs parents tombent dans un vide juridique ne leur permettant pas d'exercer le recours garanti à leurs parents⁸⁹⁷. Ainsi, il y a eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention du chef des enfants. Par cette analyse, la Cour européenne sanctionne le système français de rétention des mineurs étrangers accompagnants leurs parents, de manière générale, et non pas en tenant compte de circonstances particulières. Le défaut de recours condamné par la Cour caractérise en effet toutes les situations de mineurs étrangers retenus avec leurs parents⁸⁹⁸.

2° Le problème de l'efficacité des recours

300 Condamnation. Lorsqu'un recours existe, il faut qu'il soit efficace. La procédure prévue à l'article 5 § 4 exige que des voies de recours doivent être disponibles durant la détention d'un individu, afin que celui-ci puisse obtenir au sujet de la légalité de sa détention un contrôle juridictionnel rapide susceptible de conduire, le cas échéant, à sa remise en liberté⁸⁹⁹. La Cour européenne sanctionne de manière générale – et sans considération de l'âge de l'enfant comme critère d'appréciation – l'inefficacité des autorités compétentes.

301 Inefficacité constatée. Dans l'affaire *Mubilanzila* par exemple, la Cour note que le refoulement de l'enfant a eu lieu sans prendre en compte le fait que la mineure avait déposé un recours en vue de sa remise en liberté et qu'il avait été accueilli, privant ce recours de tout effet utile⁹⁰⁰. Elle conclut donc à la violation de l'article 5 § 4. Dans l'affaire *Rahimi c/ Grèce*⁹⁰¹, la Cour observe que le requérant ne pouvait en pratique

⁸⁹⁶ *Ibid.*, § 123.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, § 124.

⁸⁹⁸ En ce sens, A. Gouttenoire, « La France condamnée à Strasbourg pour la rétention de mineurs étrangers accompagnant leurs parents », *Lexbase Hebdo édition privée générale* 2012, n° 472 (n° Lexbase N0138BTB).

⁸⁹⁹ *De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique*, préc., § 76.

⁹⁰⁰ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc., § 113.

⁹⁰¹ *Rahimi c/ Grèce*, préc., § 120.

contacter aucun avocat. Par ailleurs, la brochure d'information sur certains des recours disponibles était rédigée dans une langue qui lui était en principe incompréhensible, alors même que l'entretien avec le requérant avait eu lieu dans sa langue maternelle. De surcroît, le requérant avait été enregistré comme mineur accompagné alors qu'il était sans tuteur qui aurait pu agir comme son représentant légal. Par conséquent, la Cour conclut à la violation de l'article 5 § 4 car, « à supposer même que le recours précités aient été efficaces, la Cour ne voit pas comment l'intéressé aurait pu les exercer »⁹⁰².

§ 2 : La protection de l'intégrité physique de l'enfant étranger dans le cadre du contrôle de l'immigration

302 Applicabilité de l'article 3 de la Convention. Si la Cour européenne estime que les enfants étrangers peuvent être retenus provisoirement et conformément aux dispositions de l'article 5 § 1 f) de la Convention, dans le cadre du contrôle de l'immigration⁹⁰³, ces derniers pouvaient subir pendant la rétention des souffrances plus fortes que celles des adultes en raison de leur manque de maturité physique et intellectuelle⁹⁰⁴. C'est pourquoi leur rétention peut aboutir à une violation de l'article 3 de la Convention⁹⁰⁵.

303 Distinction. Il faut d'abord préciser à titre préliminaire que la Cour considère séparément la question de la violation de l'article 3 de la Convention en ce qui concerne les parents et l'enfant. Selon elle, l'enfermement des enfants ne constitue pas en lui-même, un traitement inhumain pour leurs parents. Tout dépend donc de la gravité des circonstances de la cause. Dans l'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006 concernant un enfant de cinq ans retenu seul pendant environ deux mois, la Cour considère que le seuil de gravité exigé par l'article 3 a été atteint en ce qui concerne la mère de l'enfant. Elle note que même si les autorités belges ont averti celle-ci de la rétention de sa fille et lui ont transmis un numéro de téléphone auquel elle pouvait la joindre, la Cour ne doute pas que la première requérante a, en tant que mère, subi une souffrance et une inquiétude profondes du fait de la rétention de sa

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ Voir *Supra.*, n° 280 et s.

⁹⁰⁴ Voir M.-F. Valette, « La vulnérabilité de l'enfant au gré des migrations », préc.

⁹⁰⁵ Pour une vue d'ensemble de la protection de l'intégrité de l'enfant voir, C.-A. Chassin, « L'article 3 CEDH, instrument de protection des mineurs », in *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, C.-A. Chassin (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 236.

filles⁹⁰⁶. En revanche, dans l'arrêt *Muskhadzhiyeva et autres c/ Belgique* du 19 janvier 2010⁹⁰⁷, la Cour considère que, la requérante n'étant pas séparée de ses enfants, si le sentiment d'impuissance à les protéger contre l'enfermement même et les conditions de celui-ci a pu lui causer angoisse et frustration, la présence constante de ceux-ci auprès d'elle a dû apaiser quelque peu ce sentiment, de sorte qu'il n'a pas atteint le seuil requis pour être qualifié de traitement inhumain. Par conséquent, il n'y a pas eu violation de cet article dans le chef de la mère des enfants. Elle décide dans le même sens dans l'arrêt *Popov c/ France* du 19 janvier 2012⁹⁰⁸.

304 **Vulnérabilité particulière de l'enfant.** S'agissant des enfants, leur rétention fait l'objet d'une analyse *in concreto* de la part de la Cour européenne, l'appréciation du mauvais traitement de la Cour étant plus sévère que lorsqu'elle apprécie la rétention d'un adulte dans la même situation. Pour décider si la rétention d'un enfant dans le cadre du contrôle de l'immigration est ou non constitutive d'un traitement inhumain ou dégradant, la Cour, à plusieurs reprises, met l'accent sur la vulnérabilité particulière de celui-ci. Ainsi, elle se réfère à l'article 22 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui incite les Etats à prendre les mesures appropriées pour qu'un enfant, cherchant à obtenir le statut de réfugié, bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire, peu importe qu'il soit seul ou accompagné de ses parents⁹⁰⁹. Elle estime, dans l'arrêt *Mubilanzila*, que l'extrême vulnérabilité de l'enfant est déterminante et prédomine sur la situation d'étranger en séjour illégal⁹¹⁰. Dans l'arrêt *Kanagaratnam et autres c/ Belgique* du 13 décembre 2011⁹¹¹, en se référant à la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il est consacré par l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant, la Cour constate que c'est cet intérêt qui doit prévaloir y compris dans le contexte d'une expulsion. Elle souligne que les enfants étaient vulnérables tant

⁹⁰⁶ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006, req. n° 13178/03, §§ 61 et 62 : *D.* 2007, n° 11, p. 771, obs. P. Muzny ; *RCDIP* 2008, n° 1, p. 35, obs. C. Cournil.

⁹⁰⁷ *Muskhadzhiyeva et autres c/ Belgique* du 19 janvier 2010, req. n° 41442/07 : *Dr. fam.* 2010, n°6, p. 19, études 14, obs. M. Farge et A. Gouttenoire ; *D.* 2010, n° 43, p. 2868 ; *D.* 2010, n° 29, p. 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *JCP G* 2010, n° 35, p. 1587, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2010, n° 7, 194, obs. L. Milano ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 76-77, p. 14, obs. F. Desprez ; *Lexbase hebdo* n° 384 du 25 février 2010 (n° Lexbase : A2046ER9), obs. A. Gouttenoire.

⁹⁰⁸ *Popov c/ France*, préc.

⁹⁰⁹ *Popov c/ France*, préc., § 51 ; *Muskhadzhiyeva*, préc., § 62.

⁹¹⁰ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc., § 55.

⁹¹¹ *Kanagaratnam et autres c/ Belgique* du 13 décembre 2011, req. n° 15297/09, §§ 65 à 67 : *Dr. fam.* 2012, comm. n° 33, obs. M. Bruggeman.

en raison de leur qualité d'enfants que de leur histoire personnelle⁹¹². Dans l'affaire *Kanagaratnam* par exemple, les enfants requérants ayant fui leur pays, avaient déjà vécu une situation traumatique avant d'arriver en Belgique. Séparés de leur père à la suite de son arrestation, ils ont quitté avec leur mère un pays en proie à une guerre civile dans un contexte d'angoisse de représailles de la part des autorités locales.

305 **Contrôle rigoureux.** Ainsi, pour décider si la rétention de l'enfant constitue un mauvais traitement, la Cour européenne procède à une analyse rigoureuse des conditions de vie de ce dernier pendant la rétention. Elle s'intéresse donc à la situation personnelle de l'enfant (A.) et également aux conditions réelles de la rétention (B.). C'est l'ensemble de ces éléments qui vont lui permettre de déterminer si le seuil de gravité du mauvais traitement a été atteint.

A. L'exigence de protection liée à la situation personnelle de l'enfant

306 **Distinction.** Lorsque la Cour européenne examine la situation personnelle de l'enfant, elle regarde d'abord si l'enfant était ou non accompagné (1°). Elle s'intéresse également à l'âge et l'état de santé de l'enfant (2°).

1° L'isolement de l'enfant

307 **Vulnérabilité particulière de l'enfant non accompagné.** Selon la Cour européenne, l'enfant non accompagné se trouve dans une situation d'extrême vulnérabilité qui est caractérisée par plusieurs facteurs. Dans l'arrêt *Mubilanzila*, elle considère que la situation personnelle de l'enfant « se caractérisait par son très jeune âge, le fait qu'elle était étrangère en situation d'illégalité dans un pays inconnu et qu'elle n'était pas accompagnée car séparée de sa famille et donc livrée à elle-même »⁹¹³.

308 **Détermination des obligations à la charge de l'Etat.** La Cour rappelle dans l'affaire *Rahimi c/ Grèce* du 5 avril 2011⁹¹⁴ qu'il est important de savoir si l'enfant était accompagné au moment de la rétention parce que cette question détermine quelles étaient les obligations de l'Etat à son égard⁹¹⁵. C'est ainsi qu'elle sanctionne la Grèce dans cet arrêt pour une pratique courante d'« attribution arbitraire » aux enfants de la

⁹¹² *Kanagaratnam et autres c/ Belgique*, préc., §§ 65 à 67.

⁹¹³ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc., § 55.

⁹¹⁴ *Rahimi c/ Grèce* du 5 avril 2011, req. n° 8687/08 : RTDH 2012, p. 103, obs. M.-F. Valette.

⁹¹⁵ *Ibid.*, § 63.

mention « enfant accompagné ». Dans le cas d'espèce, l'enfant était âgé de quinze ans au moment de son entrée en Grèce. Il est devenu orphelin à la suite de la situation conflictuelle dans son pays d'origine. En arrivant en Grèce, il a été placé en détention provisoire dans l'attente de la décision d'expulsion à son encontre. Selon la Cour, les parties étaient en désaccord sur la question de savoir si l'enfant était accompagné. Le Gouvernement avance le fait que le requérant aurait déclaré aux autorités qu'il était accompagné de son cousin, ce qui est confirmé dans l'ordonnance d'expulsion de celui-ci. Cependant, le requérant affirme n'avoir jamais dit aux autorités que l'un de ses proches l'accompagnait sur le territoire grec. Il ajoute que la manière dont les autorités ont traité la question de sa situation personnelle fait partie d'une pratique généralisée. Ainsi, la Cour observe que les allégations du requérant sur la situation des mineurs migrants sont corroborées par plusieurs rapports comme le rapport de la visite en Grèce du 8 au 10 décembre 2008 du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe⁹¹⁶. Ces rapports relèvent la persistance de graves lacunes en matière de tutelle des mineurs demandeurs d'asile non accompagnés, des problèmes de statistiques et de mineurs non accompagnés enregistrés par les autorités comme accompagnés et l'attribution arbitraire de mineurs à des adultes afghans avec les mentions « frère » ou « cousin »⁹¹⁷. Selon la Cour, la mention « il accompagne son cousin mineur » apparaît comme un texte standard sur l'ordonnance d'expulsion. De plus, les autorités se seraient fondées uniquement sur les déclarations du requérant alors que, ne parlant pas anglais, il communiquait avec les autorités par le biais d'un compatriote. Le lien de parenté entre les deux personnes a été établi par les autorités compétentes au travers d'une procédure aléatoire et sans garantie qu'il était de fait un mineur accompagné, ce qui avait des conséquences importantes puisque l'adulte désigné était censé assumer les fonctions de tuteur. La Cour note que le gouvernement grec n'a fourni aucune information concernant le cousin présumé après sa remise en liberté. Enfin, la conclusion de la Cour concernant la période suivant la libération du requérant, établissant l'absence de tuteur pour une longue période, ne fait que conforter la version de la Cour pour la période de sa rétention. Ainsi, la Cour estime que la thèse du Gouvernement, à savoir que le requérant était un mineur accompagné, n'est pas établie pour la période de sa

⁹¹⁶ *Ibid.*, § 32.

⁹¹⁷ *Ibid.*, §§ 36 et 39.

rétention⁹¹⁸. L'enfant était donc particulièrement vulnérable en raison de sa situation d'enfant non accompagné, nécessitant donc plus de protection de la part des autorités compétentes.

309 Violation de l'article 8. L'isolement de l'enfant est également constitutif de violation de l'article 8 de la Convention relative à la protection de la vie familiale. Dans l'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006⁹¹⁹, si la Cour ne s'oppose pas à la rétention d'un enfant étranger non accompagné, cette mesure de rétention peut paraître incompatible à l'article 8 de la Convention à ses yeux. Ainsi, selon elle, la rétention ne doit pas être source d'une rupture dans les liens familiaux et l'Etat doit faciliter la reformation du cercle familial. Dans l'affaire *Mubilanzila*, la Cour relève que les autorités belges ont failli à leur obligation de respect de la vie familiale en plaçant l'enfant en rétention car « la rétention a retardé de manière significative les retrouvailles de Mme Mubilanzila et sa fille »⁹²⁰. Elle souligne ainsi le fait que les autorités étaient au courant de la situation de la mère de l'enfant au Canada mais n'avaient pas entrepris de recherches plus approfondies sur sa qualité de réfugiée.

310 Présence des parents. En revanche, la présence des parents pourrait apparaître comme une garantie. C'est pourquoi la Cour estime, dans l'arrêt *Kanagaratnam* concernant des enfants retenus avec leur mère, que « le degré de protection peut varier selon que les enfants sont accompagnés ou non de leurs parents durant la rétention »⁹²¹. Cependant, l'enfant reste tout de même particulièrement vulnérable et aux yeux de la Cour, la présence des parents « ne suffit pas à exempter les autorités de leur obligation de protéger les enfants et d'adopter des mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3 »⁹²².

2° L'âge et l'état de santé de l'enfant

311 Age de l'enfant. Selon la Cour européenne, il semble que l'âge de l'enfant est un facteur important à prendre en compte dans l'appréciation de la compatibilité de la rétention de l'enfant avec l'article 3 de la Convention. Dans l'arrêt *Mubilanzila*⁹²³ par exemple, l'enfant est arrivé en Belgique dans des circonstances peu ordinaires : ayant

⁹¹⁸ *Ibid.*, §§ 70 à 73.

⁹¹⁹ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc.

⁹²⁰ *Ibid.*, § 82.

⁹²¹ *Kanagaratnam et autres c/ Belgique*, préc., § 64.

⁹²² *Muskhadzhiyeva et autres c/ Belgique*, préc., § 58 ; *Popov*, préc., § 91.

⁹²³ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc.

obtenu le statut de résidente permanente au Canada, la mère de l'enfant avait demandé à son frère, de nationalité néerlandaise et résidant aux Pays-Bas, d'aller la chercher en République Démocratique du Congo et de la prendre en charge jusqu'à ce qu'elle puisse la rejoindre au Canada. Toutefois, en arrivant en Belgique, l'enfant, qui n'était pas munie des documents nécessaires à l'entrée sur le territoire belge, a été placée en détention provisoire en attendant son refoulement : son oncle qui l'accompagnait a regagné le Pays-Bas. C'est ainsi qu'elle s'est retrouvée seule, à l'âge de cinq ans seulement, dans un centre de transit pendant environ deux mois. C'est pour cette raison que la Cour, en décrivant la vulnérabilité particulière de l'enfant, semble accorder une grande importance à son âge, au détriment de considérations plus généralises sur son statut de migrant mineur non accompagné⁹²⁴. Selon la Cour, il n'est pas contestable qu'à l'âge de cinq ans, un enfant est totalement dépourvu d'autonomie et dépendant de l'adulte et que lorsqu'il est séparé de ses parents et livré à lui-même, il est complètement démuni⁹²⁵.

312 Etat de santé de l'enfant. Si l'âge est un facteur important, la Cour européenne s'intéresse surtout à l'état de santé notamment psychique de celui-ci pendant la rétention. Dans l'arrêt *Muskhadzhiyeva*, elle note que les quatre enfants requérants étaient âgés de sept mois, trois ans et demi, cinq ans et sept ans à l'époque des faits. Ainsi, elle observe que l'âge d'au moins deux d'entre eux était tel, qu'il leur permettait de se rendre compte de leur environnement⁹²⁶. Appliquant la jurisprudence de la Cour, le Gouvernement a donc essayé d'évoquer le fait que contrairement aux enfants de l'arrêt *Muskhadzhiyeva*, ceux de l'arrêt *Popov c/ France* étaient âgés de trois ans et six mois. Selon le Gouvernement français, l'âge des enfants requérants était tel qu'il ne leur permettait pas vraiment de se rendre compte de leur environnement⁹²⁷. Cependant la Cour note, sans avancer plus d'explication, que la fillette de trois ans et le bébé se trouvaient également « dans une situation de particulière vulnérabilité, accentuée par la situation d'enfermement »⁹²⁸.

313 Preuve de l'état de santé de l'enfant. Dans certains cas, il existe une preuve de l'état de santé de l'enfant détenu qui permet aux juges européens d'apprécier les faits

⁹²⁴ En ce sens : M.-F. Valette, « La vulnérabilité de l'enfant au gré des migrations », préc.

⁹²⁵ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc., § 51.

⁹²⁶ *Muskhadzhiyeva et autres c/ Belgique*, préc., § 59.

⁹²⁷ *Popov c/ France*, préc., § 84.

⁹²⁸ *Ibid.*, § 101.

d'espèce avec plus de précision. Dans l'arrêt *Muskhadzhiyeva* par exemple, des médecins indépendants ont fait mention de l'état de santé préoccupant des quatre enfants. Selon eux, les enfants montraient des symptômes psychiques et psychosomatiques graves comme conséquence d'un traumatisme psychique et somatique. Un médecin précisait que l'état psychologique des requérants se dégradait et pour limiter le dommage psychique, il était nécessaire de libérer la famille⁹²⁹. Mais si l'avis d'un médecin est important pour conclure à la violation ou non de l'article 3 de la Convention, l'absence d'éléments de preuve sur les troubles psychologiques des enfants ne suffit pas à exempter l'Etat de son obligation. Par exemple, dans l'arrêt *Kanagaratnam*, les enfants étaient enfermés avec leur mère dans le centre fermé 127 bis, au même endroit que ceux de l'affaire *Muskhadzhiyeva*. La Cour souligne que les deux affaires se distinguent par l'absence de certificats médicaux attestant de troubles psychologiques ayant affecté les enfants durant leur détention et par le fait que les enfants étaient plus âgés⁹³⁰. Toutefois, la Cour conclut que « ces éléments ne sont finalement pas déterminants »⁹³¹. Dans l'affaire *Popov c/ France*, le gouvernement français, rappelant que c'est la combinaison de l'âge et de l'état de santé des enfants, de la durée de rétention et de l'inadaptation des structures d'accueil qui a mené la Cour à conclure à la violation de l'article 3⁹³², essaie de montrer à la Cour l'absence de preuve dans le cas d'espèce. Cependant, la Cour note, à l'instar du Gouvernement, qu'il s'agit, de la part des requérants, d'allégations non corroborées par des éléments de preuve. Toutefois, au vu de ses conclusions quant à l'inadéquation des locaux de rétention à des enfants, elle ne doute pas que cette situation ait été facteur d'angoisse, de perturbation psychologique et de dégradation de l'image parentale pour les enfants⁹³³. C'est pourquoi l'analyse de la détention provisoire d'un enfant étranger doit se faire en combinaison de la situation personnelle de l'enfant avec les efforts déployés par les autorités compétentes pour adapter les conditions de rétention.

⁹²⁹ *Muskhadzhiyeva et autres c/ Belgique*, préc., §§ 60 à 61.

⁹³⁰ *Kanagaratnam et autres c/ Belgique*, préc., §§ 65 à 67.

⁹³¹ *Ibid.*

⁹³² *Popov c/ France*, préc., § 84.

⁹³³ *Ibid.*, § 101.

B. L'exigence de protection liée aux conditions de rétention

314 Distinction. Lorsque la Cour européenne examine les conditions de rétention, ses exigences varient selon le fait que l'enfant est ou non accompagné de ses parents pendant la période du placement.

1° L'enfant isolé

315 Double obligation. En raison de son isolement, la vulnérabilité de l'enfant ne s'arrête pas après sa remise en liberté. C'est ainsi que la Cour fait peser sur les Etats des exigences relatives aux conditions de rétention pour améliorer les conditions de vie de l'enfant pendant l'enfermement (a.), mais encore des obligations de protection pendant la période postérieure à la rétention (b.).

a. Les obligations de l'Etat pendant la rétention de l'enfant

316 Exigence de différenciation. S'agissant de la période de l'enfermement, la Cour rappelle tout d'abord qu'un enfant ne peut pas être retenu dans les mêmes conditions qu'un adulte. C'est ainsi qu'elle condamne la Belgique sous l'angle de l'article 3 de la Convention dans l'affaire *Mubilanzila*⁹³⁴. Dans cette affaire, la Cour observe que les conditions de rétention de la seconde requérante, alors âgée de cinq ans, étaient les mêmes que celles d'une personne adulte. L'enfant a été retenue dans un centre initialement conçu pour adultes alors qu'elle était séparée de ses parents et ce, sans que quiconque ait été désigné pour s'en occuper, et que des mesures d'encadrement et d'accompagnement psychologiques ou éducatives soient dispensées par un personnel qualifié, spécialement mandaté à cet effet. La situation est aggravée par le fait que la rétention a perduré pendant deux mois. La Cour relève, à cet égard, que l'Etat défendeur reconnaît que le lieu de rétention n'était pas adapté et qu'il n'existait pas à l'époque de structures adéquates⁹³⁵. Sous l'angle de l'article 8 de la Convention, elle considère également que la rétention n'était pas nécessaire en l'occurrence et d'autres mesures moins extrêmes (tels que le placement en centre spécialisé ou dans une

⁹³⁴ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc.

⁹³⁵ *Ibid.*, § 50.

famille d'accueil) auraient dû être envisagées conformément aux exigences posées par l'article 37 de la CIDE⁹³⁶.

317 Mesures d'accompagnement. La Cour critique également la Belgique pour un manquement à ses obligations positives pendant la rétention de l'enfant : les autorités, bien que mise en position d'éviter ou redresser cette situation, ont pris des mesures insuffisantes (avertir la mère de l'enfant, lui communiquer le numéro de téléphone auquel elle pouvait joindre sa fille, désigner un avocat, accomplir des démarches auprès des autorités canadiennes et de l'ambassade de Belgique à Kinshasa...) au regard de leur obligation de prise en charge. Dans ces conditions, la Cour considère que cette rétention fait preuve d'un manque d'humanité et constitue un traitement inhumain⁹³⁷. Sous l'angle du droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention, la Cour souligne le fait que les autorités étaient au courant de la situation de la mère de l'enfant au Canada mais n'avaient pas entrepris de recherches plus approfondies sur sa qualité de réfugiée⁹³⁸.

318 Conditions matérielles du centre de rétention. Dans l'arrêt *Rahimi c/ Grèce*, la Cour note qu'elle ne peut pas se prononcer avec certitude sur la question de savoir si le requérant a été placé en rétention avec des adultes ou non⁹³⁹. Mais elle estime que les conditions matérielles du centre de rétention – marquées par l'état d'insalubrité au-delà de toute description constituant un danger pour la santé des détenus et du personnel, le problème de surpopulation carcérale et notamment le manque de places suffisantes pour des mineurs, la situation sanitaire déplorable – sont tellement mauvaises que le placement de tout étranger, adulte ou enfant dans ce centre, serait contraire à l'article 3. La Cour constate également l'insuffisance de la possibilité de pratiquer des loisirs et en général, d'avoir des contacts avec le monde extérieur. Les conditions de rétention sont manifestement en dessous des normes prescrites par les textes internationaux en la

⁹³⁶ Selon l'article 37 de la CIDE : « Les États parties veillent à ce que : (...) b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, aussi brève que possible ; c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par les visites, sauf circonstances exceptionnelles ; d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière ».

⁹³⁷ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc., § 58.

⁹³⁸ *Ibid.*, § 82.

⁹³⁹ *Rahimi c/ Grèce*, préc., § 81.

matière et, notamment, des exigences de l'article 3 de la Convention. La Cour accorde également une importance particulière aux incidents violents (émeutes, grève de la faim) qui ont eu lieu au sein du centre, en raison des piètres conditions de rétention et au fait que le centre aurait été fermé à cause de ses conditions matérielles.

319 Durée de l'enfermement. Les conditions matérielles du centre de rétention entrent ainsi en compte avec la durée de l'enfermement. Dans l'arrêt *Rahimi*, l'enfant n'est resté que deux jours dans ce centre, mais la Cour considère que les conditions matérielles constituent en elles-mêmes et sans prendre en considération la durée de la rétention, en un traitement dégradant contraire à l'article 3⁹⁴⁰.

b. Les obligations de l'Etat pendant la période postérieure à la rétention

320 Protection renforcée. Selon la Cour européenne, lorsque l'enfant n'est pas accompagné, l'Etat est tenu d'une obligation positive de protection envers l'enfant pendant la période postérieure à la rétention. À la différence des adultes, les enfants bénéficient de manière exceptionnelle, d'une « protection directe »⁹⁴¹ de l'article 3 de la Convention dans ce domaine. Une mesure d'éloignement d'un enfant étranger pourrait en soi constituer un traitement inhumain et non en raison des risques de mauvais traitements encourus dans le pays d'origine⁹⁴². En outre, cette mesure d'éloignement pourrait constituer un manquement aux obligations positives de l'Etat lorsque ce dernier s'est abstenu de prendre les précautions nécessaires⁹⁴³.

321 Obligation d'accompagnement. La Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer sur une affaire relative au refoulement d'un enfant étranger isolé dans l'arrêt *Nsona c/ Pays-Bas* du 28 novembre 1996⁹⁴⁴. Mais c'est dans l'arrêt *Mubilanzila*⁹⁴⁵ qu'elle reconnaît pour la première fois que cette pratique peut conduire à la violation de droits garantis par la Convention⁹⁴⁶. Dans cet arrêt⁹⁴⁷, la Cour condamne la Belgique pour l'absence d'une prise en charge effective de l'enfant pendant son refoulement c'est-à-dire avant, pendant et après le retour en avion. Les autorités n'ont également pas tenu compte de la situation réelle que risquait d'affronter l'enfant à son retour. En l'espèce,

⁹⁴⁰ *Rahimi c/ Grèce*, préc., §§ 81 à 86.

⁹⁴¹ *GACEDH*, n° 16.

⁹⁴² *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc., § 69.

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ *Nsona c/ Pays-Bas* du 28 novembre 1996, req. n° 23366/94.

⁹⁴⁵ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc.

⁹⁴⁶ B. Masson, « Un enfant n'est pas un étranger comme les autres », *RTDH* 2007, p. 823.

⁹⁴⁷ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, préc., §§ 67 à 69.

la requérante a voyagé seule – avec une personne désignée par la compagnie aérienne – pour l'accompagner pendant le trajet. En arrivant dans son pays d'origine, personne n'est venu la chercher. La Cour estime que le refoulement de l'enfant, dans de telles conditions, lui a nécessairement causé un sentiment d'extrême angoisse et a fait preuve d'un manque flagrant d'humanité envers sa personne, eu égard à son âge et à sa situation de mineure non accompagnée de sorte qu'il atteint le seuil requis pour être qualifié de traitement inhumain. Elle estime également que ce refoulement constitue un manquement aux obligations positives de l'Etat belge, qui s'est abstenu de prendre les mesures et précautions requises afin que l'enfant soit accompagnée en avion par une personne adulte et qu'elle soit prise en charge effectivement à son arrivée dans son pays.

322 **Enfant livré à lui-même.** Dans l'arrêt *Rahimi c/ Grèce*, l'enfant, âgé de quinze ans à l'époque des faits, est remis en liberté après deux jours de rétention avec l'obligation de quitter le territoire grec dans un délai de trente jours. Sa demande d'asile politique a été rejetée. Il est livré à lui-même dans les rues d'Athènes avant d'être pris en charge par une O.N.G. Cette situation a conduit la Cour à considérer le manquement de la Grèce à ses obligations positives à l'égard d'un mineur migrant non accompagné après sa remise en liberté. En effet, en raison de l'indifférence des autorités, la Cour relève que la Grèce a manqué à au moins quatre obligations positives : la désignation d'un tuteur, la mise à disposition d'un logement, une aide à la recherche de famille et une protection contre les violences ou actes d'exploitation dont les mineurs isolés pourraient être victimes. Ainsi le requérant, livré à lui-même, a dû subir une angoisse et une inquiétude profondes⁹⁴⁸. La Cour fait référence à l'arrêt *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*⁹⁴⁹ pour relever « la précarité et la vulnérabilité particulières et notoires des demandeurs d'asile en Grèce » pour en conclure que « en raison surtout des omissions des autorités compétentes quant au suivi et à l'encadrement du requérant, le seuil de gravité exigé par l'article 3 a été atteint »⁹⁵⁰. La réponse de la Cour semble offrir un apport potentiel très significatif à une protection plus effective des droits des mineurs non accompagnés⁹⁵¹.

⁹⁴⁸ *Rahimi c/ Grèce*, préc., §§ 88 à 92.

⁹⁴⁹ *M.S.S. c/ Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011, req. n° 30696/09.

⁹⁵⁰ *Rahimi c/ Grèce*, préc., §§ 93 et 94.

⁹⁵¹ En ce sens : M.-F. Valette, « La vulnérabilité de l'enfant au gré des migrations », préc.

2° L'enfant accompagné de ses parents

323 Conditions matérielles du centre de rétention. La Cour européenne a eu à se prononcer, pour la première fois dans l'arrêt *Muskhadzhiyeva et autres c/ Belgique*⁹⁵², sur la rétention des enfants accompagnant leur mère. Elle a condamné la Belgique en raison des conditions matérielles du centre de rétention qui ne comportait pas d'aménagement spécialisé pour les familles. Les enfants étaient retenus avec leur mère dans le centre 127 Bis dont les conditions de rétention, selon la Cour, s'avèrent inadéquates pour des jeunes enfants. Elle avait déjà conclu à une violation de l'article 3 de la Convention dans l'affaire *Mubilanzila* s'agissant d'un enfant isolé âgé de cinq ans placé au sein du même centre dans les mêmes conditions qu'un adulte pendant deux mois et séparé de ses parents. Dans l'affaire *Muskhadzhiyeva*, la Cour note d'abord que ce centre comprend plusieurs bâtiments permettant de séparer les hommes des femmes et des familles. On y trouve un service social, un service médical, des éducateurs et professeurs assurant notamment des activités pédagogiques pour les enfants⁹⁵³. Cependant, divers rapports et visites concluent à l'inadaptation du centre pour l'accueil des enfants. Ces rapports relèvent notamment que des chambres ressemblent à des cellules de détenu en milieu carcéral et que l'état de propreté générale diminue. Ils relèvent également l'absence d'intimité dans les chambres et l'insuffisance de lumière du jour⁹⁵⁴.

324 Contrôle exigeant. La réponse de la Cour dans cet arrêt laisse penser que seule « la réalité des conditions de rétention » caractérise le traitement inhumain et dégradant. Ce raisonnement conduit *a contrario* à considérer que si les enfants avaient été retenus avec leurs parents dans une structure spécialisée, la rétention n'aurait pas constitué un traitement inhumain⁹⁵⁵. La Cour européenne apporte une précision sur ce point dans l'arrêt *Popov c/ France* dans lequel elle décide que le fait que le centre de rétention en cause était « habilité » à recevoir des familles ne suffit pas à répondre à ses exigences⁹⁵⁶. La Cour européenne constate tout d'abord que le centre de rétention en cause compte parmi ceux « habilités » à recevoir des familles en vertu du décret du 30

⁹⁵² *Muskhadzhiyeva et autres c/ Belgique*, préc., § 59.

⁹⁵³ *Ibid.*, préc., §§ 25 à 28.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, §§ 31 à 35.

⁹⁵⁵ En ce sens, M. Farge et A. Gouttenoire, « La rétention d'un enfant étranger accompagnant ses parents : la nécessité de faire primer les droits fondamentaux de l'enfant sur l'objectif de maîtrise de l'immigration », préc.

⁹⁵⁶ A. Gouttenoire, « La France condamnée à Strasbourg pour la rétention de mineurs étrangers accompagnant leurs parents », préc.

mai 2005. Cependant, elle constate que ce texte se contente de mentionner la nécessité de fournir des « chambres spécialement équipées, et notamment du matériel de puériculture adapté » mais n'explique aucunement les infrastructures nécessaires à l'accueil des familles. Ainsi, il existe de graves déséquilibres en ce qui concerne les équipements de chaque centre, l'aménagement étant sous la responsabilité et la volonté de chaque chef d'établissement qui ne dispose par ailleurs pas de soutien d'un personnel spécifiquement formé à la pédagogie⁹⁵⁷. Lorsqu'elle fait une analyse *in concreto* des conditions de rétention en s'appuyant sur de différents rapports de visite, la Cour relève que si les autorités ont pris le soin de séparer les familles des autres détenus, il n'en demeure pas moins que les infrastructures disponibles dans la zone « familles » du centre ne sont pas adaptées à la présence d'enfants⁹⁵⁸. En comparaison avec l'arrêt *Muskhadzhiyeva et autres*, la réponse de la Cour européenne dans l'arrêt *Popov* laisse penser qu'elle tend à renforcer des critères d'appréciation quant au seuil de gravité des traitements inhumains et dégradants⁹⁵⁹. Si la Cour européenne accepte la rétention des enfants, ce n'est que sous réserve de stricts aménagements conjoncturels⁹⁶⁰.

325 Durée de rétention. La durée de la rétention est un autre facteur à prendre en compte dans l'appréciation de la compatibilité de la rétention à l'article 3 de la Convention. Dans l'arrêt *Popov c/ France*⁹⁶¹, la Cour observe que l'ensemble des sources internationales préconisent que les autorités sont tenues de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin de limiter autant que faire se peut la durée de la rétention des mineurs. Parmi ces sources, l'article 37 de la Convention internationale des droits de l'enfant souligne que la rétention d'un enfant doit n'être qu'une mesure de dernier ressort, aussi brève que possible. Comme dans le cas des enfants isolés, l'appréciation de la durée de la rétention dépend en grande partie des conditions matérielles du centre de rétention. S'inscrivant ainsi dans le cadre de la protection catégorielle des enfants, en

⁹⁵⁷ *Popov c/ France*, préc., § 93.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, §§ 94 à 96 : La Cour européenne a constaté qu'il n'y avait pas de lits pour enfants et des lits adultes avec des angles en fer pointus ; aucune activité destinée aux enfants, petit espace de jeux très sommaire sur un morceau de moquette ; cour intérieure bétonnée de 20 m² avec vue sur un ciel grillagé ; grilles au maillage serré aux fenêtres des chambres, ne permettant pas de voir à l'extérieur ; fermeture automatique des portes des chambres, dangereuses pour les enfants.

⁹⁵⁹ En ce sens, Ch. De Bernardinis, « La Cour de Strasbourg juge illégale la rétention de jeunes migrants accompagnés de leurs parents en raison de l'inadaptation du centre de rétention », *Lexbase Hebdo édition publique* 2012, n° 233 (n° Lexbase N0052BT4).

⁹⁶⁰ *Ibid.*

⁹⁶¹ *Popov c/ France*, préc., § 98.

qualité de personnes particulièrement vulnérables⁹⁶², la Cour décide dans l'arrêt *Popov* que « la durée de rétention de jeunes enfants sur une période de quinze jours, si elle n'apparaît pas excessive en soi peut être ressentie comme infiniment longue pour eux compte tenu de l'inadéquation des infrastructures à leur accueil et à leur âge »⁹⁶³.

326 Alternative à la rétention. C'est en se fondant sur l'article 8 de la Convention que la Cour européenne impose aux Etats une obligation de chercher une alternative à la rétention. Ainsi, la Cour souligne qu'il existe un large consensus, notamment en droit international, selon lequel l'intérêt des enfants doit primer dans toutes les décisions les concernant⁹⁶⁴ pour relever que la France compte parmi les trois seuls pays européens qui recourent systématiquement à la rétention de mineurs accompagnés⁹⁶⁵. La Cour note également que le Haut Commissariat pour les réfugiés (HCR), la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) et le défenseur des enfants se sont prononcés en faveur des mesures alternatives à la rétention⁹⁶⁶. Par conséquent, la Cour reproche aux autorités nationales de ne pas avoir cherché d'alternative à la rétention ou essayer de prendre les mesures nécessaires pour exécuter au plus vite la mesure d'expulsion. En l'occurrence, la Cour relève que les requérants ne présentant pas de risque de fuir particulier, leur rétention n'était donc pas justifiée par un besoin social impérieux⁹⁶⁷. La Cour souligne que si elle a rejeté un grief similaire à celui des requérants dans l'affaire *Muskhadzhizeva et autres c/ Belgique* du 19 janvier 2010⁹⁶⁸, les récents développements jurisprudentiels concernant « l'intérêt supérieur de l'enfant » dans le contexte de la rétention des mineurs migrants⁹⁶⁹, la conduit à conclure à la violation de l'article 8 dans le cas d'espèce. Ainsi elle considère que « l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut se limiter à maintenir l'unité familiale mais que les autorités doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin de limiter autant que faire se peut la détention de familles accompagnées d'enfants et préserver effectivement le droit à une vie familiale »⁹⁷⁰.

⁹⁶² A. Gottenoire, « La France condamnée à Strasbourg pour la rétention de mineurs étrangers accompagnant leurs parents », préc.

⁹⁶³ *Popov c/ France*, préc., §§ 101 à 103.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, §§ 141 et 142.

⁹⁶⁵ Rapport de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen (LIBE) de décembre 2007.

⁹⁶⁶ *Popov c/ France*, préc., §§ 143 et 144.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, §§ 145 et 146.

⁹⁶⁸ *Muskhadzhizeva et autres c/ Belgique*, préc.

⁹⁶⁹ Voir *Rahimi c/ Grèce* du 5 avril 2011, req. n° 8687/08 : RTDH 2012, p. 103, obs. M.-F. Valette.

⁹⁷⁰ *Popov c/ France*, préc., § 147.

327 Interrogation. Etant traditionnellement respectueuse de la souveraineté des Etats en matière d'immigration, la Cour européenne n'a pas saisi les occasions qui lui étaient offertes pour affirmer que la rétention de l'enfant étranger, isolé ou accompagnant ses parents, est en soi constitutive d'une violation de l'article 3 de la Convention⁹⁷¹. C'est pourquoi la Cour se contente, au cas par cas, d'apprécier les faits de manière *in concreto*. Toutefois, l'appréciation rigoureuse des conditions de rétention donne l'impression qu'il est difficile, malgré les efforts déployés par les Etats, d'échapper à sa condamnation. Dans ces conditions, on pourrait penser que la Cour conclurait à une violation de la Convention, chaque fois qu'un placement en rétention d'enfants lui serait soumis, mais rien ne l'assure⁹⁷². Condamnant la France sous l'angle de l'article 8, l'affaire *Popov* montre que la tolérance de la Cour européenne envers la rétention de familles étrangères accompagnées d'enfants devient de plus en plus faible⁹⁷³. Par conséquent, le respect effectif du droit à une vie familiale impose désormais aux Etats européens de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour limiter ce type de rétention⁹⁷⁴. Selon la doctrine, il n'est donc qu'un seul choix possible : ne plus placer en rétention les familles migrantes⁹⁷⁵. En effet, sur le fondement de cet article et en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour semble procéder à une condamnation de la rétention des enfants en tant que telle⁹⁷⁶.

Section 2 : La protection de l'enfant victime de mauvais traitements

328 Protection substantielle et procédurale. En s'appuyant sur l'effet horizontal de la Convention⁹⁷⁷, la Cour élargit le champ de la protection de l'enfant victime de

⁹⁷¹ M. Farge et A. Gouttenoire, « La rétention d'un enfant étranger accompagnant ses parents : la nécessité de faire primer les droits fondamentaux de l'enfant sur l'objectif de maîtrise de l'immigration », préc.

⁹⁷² En ce sens M.-F. Valette, « La vulnérabilité de l'enfant au gré des migrations », *RTDH* 2012, p. 103.

⁹⁷³ Ch. De Bernardinis, « La Cour de Strasbourg juge illégale la rétention de jeunes migrants accompagnés de leurs parents en raison de l'inadaptation du centre de rétention », préc.

⁹⁷⁴ A. Gouttenoire, « La France condamnée à Strasbourg pour la rétention de mineurs étrangers accompagnant leurs parents », préc.

⁹⁷⁵ En ce sens, M. Bruggeman, « Une circulaire pour mettre – peut-être – fin à la rétention des familles étrangères ? », *Dr. fam.* 2012, comm. n° 33.

⁹⁷⁶ A. Gouttenoire, « La France condamnée à Strasbourg pour la rétention de mineurs étrangers accompagnant leurs parents », préc.

⁹⁷⁷ *GACEDH*, n°3.

mauvais traitements. Ainsi, les Etats sont non seulement tenus de protéger les enfants contre des mauvais traitements infligés par des agences de l'Etat mais également contre des mauvais traitement infligés par des particuliers. Dans son contrôle, la Cour européenne met à la charge des Etats les obligations de protections qui sont, d'une part, de nature substantielle (§ 1) et, d'autre part, de nature procédurale (§ 2).

§ 1 : La protection substantielle de l'enfant victime de mauvais traitements

329 Fondements. L'obligation de protéger les enfants de mauvais traitements trouve principalement sa source dans l'article 3 de la Convention (A.) mais récemment, la Cour a étendu cette protection en se fondant également sur l'article 4 de la Convention (B.).

A. La protection de l'enfant victime dans le cadre de l'article 3 de la Convention

330 Article 3 de la Convention. L'article 3 de la Convention européenne interdit, dans des termes absolus ne souffrant aucune dérogation, la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants. Selon cet article, « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». La Cour européenne considère que cette prohibition « consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »⁹⁷⁸. Sur le fondement de l'article 1^{er} de la Convention, l'Etat a le devoir de protection de toute personne placée sous sa juridiction⁹⁷⁹.

331 Actes interdits et obligation de protection. La présente étude vise à montrer dans un premier temps, les actes que la Cour européenne considère comme des mauvais traitements lorsqu'ils sont infligés aux enfants (1^o). Dans un deuxième temps, l'on verra que, pour la Cour européenne, la responsabilité de l'Etat peut être engagée, lorsque celui-ci n'a pas protégé les enfants contre les mauvais traitements. La Cour impose ainsi aux Etats une obligation positive de protection (2^o).

1^o Les actes interdits

332 Effet horizontal. Par le jeu des « obligations positives »⁹⁸⁰, combiné avec le jeu de l'« effet horizontal »⁹⁸¹ de la Convention, l'article 3 est applicable aux relations

⁹⁷⁸ *Soering c/ Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, § 88 : *GACEDH*, n° 16.

⁹⁷⁹ *GACEDH* n° 1.

⁹⁸⁰ *GACEDH* n° 2.

⁹⁸¹ *GACEDH* n° 3.

interindividuelles et par conséquent, la responsabilité de l'Etat peut être engagé lorsque celui-ci n'arrive pas à protéger des individus contre les mauvais traitements commis, non seulement par des agents de l'Etat, mais également par des personnes privées⁹⁸². Le dynamisme interprétatif⁹⁸³ de l'article 3 de la Convention par la Cour européenne conduit cette dernière à mettre à la charge de l'Etat une obligation positive de prendre les mesures propres à empêcher que les personnes placées sous sa juridiction ne soient soumises à des traitements contraires à l'article 3, « même administrés par les particuliers »⁹⁸⁴.

333 Définition. L'effet horizontal se définit comme « une extension de l'opposabilité des droits de l'homme aux rapports interindividuels »⁹⁸⁵ – c'est-à-dire par son application dans les rapports privés : l'opposabilité de l'article 3 dans les relations de l'enfant vis-à-vis de ses proches – y compris de ses parents – de l'enfant vis-à-vis de son école, etc. C'est l'arrêt *A. c/ Royaume-Uni* du 23 septembre 1998⁹⁸⁶ qui fait clairement entrer dans le champ de la garantie de l'article 3 la protection de l'enfant contre des actes de particuliers. L'affaire concerne les châtiments corporels (violents coups de bâton) infligés à un enfant par son beau-père. S'inspirant des articles 19 et 37 de la Convention internationale des droits de l'enfant⁹⁸⁷, la Cour estime dans cet arrêt que « les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une prévention efficace, les mettant à l'abri des formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne »⁹⁸⁸.

⁹⁸² Sur la théorie des obligations positives et l'« effet horizontal » de la Convention, voir *GACEDH* n° 2 et 3 ; F. Sudre, *Le droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2012, n° 163 et s. et n° 167 et s. ; J.-F. Akanji, « Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH », Conseil de l'Europe, *Précis sur les droits de l'homme*, n° 7, 2006 ; D. Spielmann, « Obligations positives » et « effet horizontal » des dispositions de la Convention, in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, 1998, p. 133 ; F. Sudre, Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *RTDH* 1995, p. 363.

⁹⁸³ F. Sudre, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, I, 335.

⁹⁸⁴ Voir par exemple *H.L.R. c/ France* du 29 avril 1997 : *Rec.* 1997 III, p. 758, § 40 ; *A. c/ Royaume-Uni* du 23 septembre 1998 : *JCP G* 1999. I. 195, obs. F. Sudre.

⁹⁸⁵ H. Pauliat, V. Saint-James, « L'effet horizontal de la CEDH », in J.-P. Marguénaud (dir.) ; *CEDH et droit privé*, éd. La Documentation Française, 2001, p. 77.

⁹⁸⁶ *A. c/ Royaume-Uni* du 23 septembre 1998 : *JCP G* 1999. I. 195, obs. F. Sudre.

⁹⁸⁷ L'article 19 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant prévoit que les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour protéger l'enfant contre de différentes formes de mauvais traitement. L'article 37 de la même Convention prévoit que les Etats veillent à ce que nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

⁹⁸⁸ *A. c/ Royaume-Uni*, préc., § 22 ; *X. et Y. c/ Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A n° 91, §§ 21 à 27 ; *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni* du 22 octobre 1996, §§ 62 à 64 : *JDI*, 1997, p. 249 ; *RTDH*, 1998n p. 781, obs. J. Sace.

334 Ecoles privées. L'Etat peut être tenu pour responsable en cas d'absence d'une protection appropriée dans les écoles privées. C'est l'arrêt *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni* du 23 mars 1993⁹⁸⁹ qui invoque le problème des châtiments corporels comme sanction disciplinaire dans des écoles privées au Royaume-Uni. Le Gouvernement concède que l'État exerce un degré limité de contrôle et de surveillance sur les écoles privées, mais la responsabilité directe de chaque aspect de leur gestion ne pèserait pas sur lui ; en particulier, il n'assumerait aucune fonction en matière de discipline⁹⁹⁰. La Cour estime au contraire, que le domaine particulier de la discipline scolaire, le traitement incriminé, encore qu'infligé par le chef d'un établissement privé, est de nature à engager la responsabilité du Royaume-Uni au regard de la Convention s'il se révèle incompatible avec la Convention. Ainsi selon elle, l'Etat a une obligation positive tirée des articles 1^{er} et 3 de la Convention de protéger toute personne relevant de sa juridiction⁹⁹¹. Elle note que l'Etat a également le devoir de veiller à ce que les enfants puissent exercer leur droit à l'instruction conformément à l'article 2 du Protocole n° 1 et que le système disciplinaire d'une école se situe dans la sphère du droit à l'instruction⁹⁹². Elle note qu'au Royaume-Uni, les écoles privées coexistent avec des écoles publiques et le droit fondamental de chacun à l'instruction vaut pour les élèves dans unes comme des autres, sans aucune distinction⁹⁹³. Finalement, elle considère que l'Etat ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers⁹⁹⁴. Il semble que selon la Cour européenne, l'Etat ne peut pas refuser sa responsabilité en matière des sanctions disciplinaires dans des écoles privées et il a une obligation de fournir un mécanisme de protection⁹⁹⁵.

335 Gravité. La Cour européenne recherche si les mauvais traitements ont atteints le seuil de gravité suffisant pour que l'article 3 soit applicable et pour que la violation de cet article soit prononcée. Selon la Cour, cette appréciation est relative et « elle dépend de l'ensemble des données de la cause. Il faut prendre en compte des facteurs

⁹⁸⁹ *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni* du 23 mars 1993, req. n° 13134/87 : *AJDA* 1993, n° 6, p. 483, obs. J-F. Flauss.

⁹⁹⁰ *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, préc., § 25.

⁹⁹¹ *Ibid.*, § 26.

⁹⁹² *Ibid.*, § 27.

⁹⁹³ *Ibid.*

⁹⁹⁴ *Idem.*

⁹⁹⁵ En ce sens, J.-F. Flauss, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 1993, n° 6, p. 483.

tels que la nature et le contexte du traitement, sa durée, ses effets physiques ou mentaux ainsi, parfois, que le sexe, l'âge et l'état de santé de la victime »⁹⁹⁶. La Cour souligne que dans le cas des enfants, leur âge va constituer un facteur aggravant. Ainsi, la Cour européenne s'interroge d'abord sur la gravité d'actes pour déterminer des types d'actes interdits par la Convention, avant de s'interroger sur la question de savoir si ces actes ont atteints le seuil de gravité suffisant pour constituer une violation de l'article.

336 Atteintes physiques et sexuelles. Sont constitutives de violation de l'article 3 de la Convention des atteintes physiques et sexuelles intrafamiliales comme dans l'arrêt *E. et autres c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 2002⁹⁹⁷ et des atteintes sexuelles comme dans l'arrêt *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* du 10 octobre 2002⁹⁹⁸. La Cour se fonde également sur l'article 3 de la Convention, dans l'affaire *O'Keefe c/ Irlande* du 28 janvier 2014⁹⁹⁹, pour décider que les abus sexuels commis par un enseignant laïc sur une élève, alors âgée de neuf ans, dans une école publique nationale entre dans le champ de protection de cet article. Contrairement aux violences physiques qui doivent atteindre un « minimum de gravité » pour que l'article 3 de la Convention soit applicable, la Cour considère que les abus sexuels sont automatiquement qualifiés de traitement inhumain et dégradant¹⁰⁰⁰. Selon elle, ces actes « constituent incontestablement un type odieux de méfaits qui fragilisent les victimes »¹⁰⁰¹.

337 Souffrances mentales. La Cour considère également que les violences physiques ne sont pas les seules à être constitutives du mauvais traitement. Il est possible qu'un acte soit contraire à l'article 3 par les souffrances mentales qu'il engendre. Dans l'affaire *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001¹⁰⁰², la Cour européenne reconnaît que la négligence et le désintérêt des parents dont avait été victime une fratrie, est prohibé par l'article 3 pour constater une violation de cet article. Dans cet arrêt, les enfants étaient souvent livrés à eux-mêmes, mal nourris et vivant

⁹⁹⁶ *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, préc., § 30.

⁹⁹⁷ *E. et autres c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 2002, req. n° 33218/96 : *RTDH* 2003, n° 56, p. 1355, obs. A. Gouttenoire.

⁹⁹⁸ *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* du 10 octobre 2002, req. n° 38719/97 : *JCP G* 2003, I, 109, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2003, n° 56, p. 1355, obs. A. Gouttenoire.

⁹⁹⁹ *O'Keefe c/ Irlande* du 28 janvier 2014, Gr. Ch., req. n° 35810/09 : *JCP G* 2014, act., p. 268, obs. C. Picheral ; *JCP G* 2014, n° 28, p. 1409, obs. F. Sudre ; *RSC* 2014, n° 1, p. 166, obs. J.-P. Marguénaud.

¹⁰⁰⁰ *E. et autres c/ Royaume-Uni*, préc., § 96.

¹⁰⁰¹ *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni* du 22 octobre 1996, req. n° 22095/93, § 64.

¹⁰⁰² *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001, req. n° 29392/95, §§ 72 et 74 : *JCP G* 2001, I, 342, obs. F. Sudre ; *JDI* 2002, n° 1, p. 286, obs. C. Renaut.

dans des conditions d'hygiène déplorables. L'abandon des enfants a dépassé le fameux seuil de gravité et constitue, aux yeux de la Cour, un traitement inhumain et dégradant.

338 Risques de mauvais traitements. Le risque de mauvais traitement entre dans le champ de l'application de l'article 3 de la Convention. La Cour, dans l'affaire *Campbell et Casans c/ Royaume-Uni* du 25 février 1982¹⁰⁰³, affirme que le simple risque de traitements prohibés peut, le cas échéant, être constitutif d'une violation de l'article 3¹⁰⁰⁴ lorsque « le risque d'agissements prohibés est suffisamment réel et immédiat »¹⁰⁰⁵. Dans les cas d'espèce, il s'agit des risques de châtiments corporels. Le jeune Gordon Campbell n'avait jamais fait l'objet d'un châtiment corporel, mais sa mère entendait obtenir l'assurance de ce qu'il n'y serait jamais exposé. L'autre garçon, Jeffrey Cosans, avait lui été puni mais ayant refusé de se soumettre au châtiment, il avait été exclu de l'école. Le courrier envoyé à ses parents soumettait sa réintégration à l'acceptation de la punition – ce que Mme Cosans refusait. Si une violation de l'article 3 est invoquée devant la Cour européenne, les deux enfants n'avaient jamais réellement subi de châtiment corporel. La Commission avait d'ailleurs retenu cet élément pour rejeter l'argument. La Cour, cependant, considère qu'il pourrait le cas échéant y avoir une atteinte à l'article 3 dans les cas d'espèce. Estimant, dans l'affaire *Campbell et Casans c/ Royaume-Uni* qu'il pourrait le cas échéant y avoir une atteinte à l'article 3 lorsque « le risque d'agissements prohibés est suffisamment réel et immédiat »¹⁰⁰⁶. La Cour n'a pas constaté la violation de l'article 3 la Convention dans le cas d'espèce.

339 Châtiments corporels : article 3. Il peut s'agir des châtiments corporels intrafamiliaux comme des coups portés à un enfant par son beau-père comme dans l'arrêt *A. c/ Royaume-Uni* du 23 septembre 1998¹⁰⁰⁷ ou des châtiments corporels à l'école comme par exemple dans l'arrêt *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni* du 23 mars 1993¹⁰⁰⁸ relatif à l'utilisation d'une chaussure de gymnastique par le directeur d'une école privée pour infliger des coups comme mesure disciplinaire. Dans l'arrêt *A. c/ Royaume-Uni* du 23 septembre 1998¹⁰⁰⁹, la Cour relève que dans le cas d'espèce,

¹⁰⁰³ *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni* du 25 février 1982, req. n° 7511/76 et 7743/76 : *JDI* 1985, 191 ; *RUDH* 1990, p. 217.

¹⁰⁰⁴ En l'espèce, deux garçons étaient scolarisés dans des établissements publics mais rien n'oppose à l'application de cette jurisprudence dans le cadre des allégations du mauvais traitement dans la sphère privée.

¹⁰⁰⁵ *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni*, préc., § 26.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, § 26.

¹⁰⁰⁷ *A. c/ Royaume-Uni*, préc.

¹⁰⁰⁸ *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, préc.

¹⁰⁰⁹ *A. c/ Royaume-Uni* du 23 Septembre 1998 : *JCP G* 1999. I. 195, obs. F. Sudre.

l'enfant a été plusieurs fois frappé avec beaucoup de force à l'aide d'un bâton alors qu'il n'était âgé que de neuf ans. Le beau-père, inculpé pour atteinte à l'intégrité physique, a été jugé par la juridiction britannique. La défense n'a pas contesté qu'il ait donné des coups de bâton au garçon à plusieurs occasions mais a fait valoir que cela était nécessaire et raisonnable car ce dernier était un garçon difficile et indiscipliné. Le jury a conclu que le beau-père n'était pas coupable d'atteinte à l'intégrité physique. Aux yeux de la Cour européenne, il était évident que l'enfant avait subi un traitement d'une gravité suffisante pour relever de l'article 3¹⁰¹⁰. A l'inverse, dans l'arrêt *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, la Cour européenne estime qu'en l'espèce, le requérant n'a fourni aucune preuve d'effets graves ou durables du traitement dénoncé, atteignant le seuil de gravité requis. Ainsi, elle conclut à l'absence de violation de l'article 3. La Cour refuse d'entrer dans une logique d'assimilation systématique de toute atteinte à l'intégrité physique, même la plus mineure à un traitement dégradant¹⁰¹¹.

340 Châtiments corporels : article 8. Dans l'arrêt *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, si la Cour n'a pas retenu la violation de l'article 3, elle a statué sur le terrain de l'article 8 de la Convention relatif à la protection de la vie privée lorsque l'acte en cause ne présente pas une gravité suffisante sur le terrain de l'article 3. Ainsi, en se fondant sur l'article 8 de la Convention, la Cour européenne admet que « la notion de “vie privée” est large et ne se prête pas à une définition exhaustive » et que « des mesures adoptées dans le domaine de l'enseignement peuvent, à l'occasion, toucher au droit au respect de la vie privée »¹⁰¹². Toutefois, elle considère que « les actes ou décisions que l'on peut dire dommageables pour l'intégrité physique ou morale d'une personne n'entraînent pas nécessairement une telle atteinte »¹⁰¹³. Par conséquent, en estimant que la sanction disciplinaire prononcée contre Jeremy Costello-Roberts ne constituait pas un acte prohibé par l'article 3 de la Convention, la Cour soulignait qu'elle « n'exclut pas la possibilité de considérer l'article 8 comme octroyant parfois, en matière de mesures disciplinaires, une protection plus ample que celle de l'article 3 ». Elle estime néanmoins dans le cas d'espèce, eu égard de la gravité de l'acte, qu'il n'y a pas eu non plus violation de l'article 8.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, § 21.

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, préc., § 36.

¹⁰¹³ *Ibid.*

341 Viols : article 3 et 8. Dans l'affaire *X. et Y. c/ Pays-Bas* du 25 mars 1985¹⁰¹⁴, il s'agit du viol d'une jeune handicapée mentale dans le foyer pour enfants atteints de déficience mentale où elle résidait. Dans cet arrêt la Cour a choisi de statuer sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Toutefois, en rupture avec la solution retenue dans l'affaire *X. et Y. c/ Pays-Bas*, la Cour européenne se fonde à la fois sur l'article 3 et l'article 8, dans l'arrêt *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003¹⁰¹⁵, pour connaître d'un grief tenant à l'insuffisance de la protection offerte par le droit interne contre le viol et admet ainsi que l'intégrité physique et morale de la personne relève aussi bien de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants que du respect de la vie privée. La Cour se fonde également sur le fondement des article 3 et 8 combinés dans l'affaire *C.A.S. et C.S. c/ Roumanie* du 20 février 2012¹⁰¹⁶ concernant un jeune garçon victime des viols répétés par un homme qui s'était introduit dans l'appartement familial.

2° L'obligation positive de protection

342 Action et inaction. Selon le Professeur Sudre, l'« effet horizontal » de la Convention recouvre, au vu de la pratique jurisprudentielle, deux cas de figure. La première hypothèse est celle où les violations privées sont imputables à l'Etat pour avoir fourni au particulier les moyens de porter atteinte au droit garanti d'une autre personne. La deuxième hypothèse est celle où les violations privées sont imputables à l'Etat du fait de son inaction¹⁰¹⁷, ce qui est souvent le cas en ce qui concerne la protection des mineurs. Ainsi, la Cour impose aux Etats une obligation positive de s'être doté d'une législation répressive efficace (a.). Toutefois, l'existence d'une répression pénale des actes interdits n'est pas suffisante aux yeux de la Cour lorsqu'il s'agit de protéger les enfants contre les mauvais traitements. En se fondant sur la vulnérabilité de l'enfant, la Cour exige également de la part des Etats une obligation positive de protection contre des traitements contraires à l'article 3 (b.).

¹⁰¹⁴ *X. et Y. c/ Pays-Bas* du 25 mars 1985, série A, n° 91 : *AFDI*, 1986, p. 282 et 293, obs. V. Coussirat-Coustère ; *Cah. dr. eur.*, 1988, p. 462 et s., obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI*, 1986, p. 1082-1083, obs. P. Rolland.

¹⁰¹⁵ *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003, req. n° 39272/98 : *RTD Civ.* 2004, n°2, p. 364, obs. J-P. Marguénaud et J. Raynard ; *RDP* 2004, 803, obs. H. Surrel.

¹⁰¹⁶ *C.A.S. et C.S. c/ Roumanie* du 20 février 2012, req. n° 26692/05.

¹⁰¹⁷ F. Sudre, *Le droit européenne et international des droits de l'homme*, préc., n° 165, p. 260.

a. L'exigence d'une législation répressive efficace

343 **Obligation.** Selon une obligation résultant de l'article 46 de la Convention, les Etats « s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour ». Par conséquent, par le biais des « obligations positives », la responsabilité de l'Etat peut être engagée lorsque celui-ci n'a pas prévu une législation adéquate permettant de protéger efficacement les enfants contre des atteintes provenant des particuliers ou lorsque la législation est défailante¹⁰¹⁸.

344 **Maltraitements intrafamiliaux.** C'est le cas par exemple dans l'arrêt *A. c/ Royaume-Uni* du 23 septembre 1998¹⁰¹⁹. Dans cet arrêt, la Cour a condamné la législation britannique défailante ayant permis à un beau-père d'être relaxé après avoir infligé des corrections physiques particulièrement sévères à son beau-fils. D'après la législation britannique à l'époque des faits, les parents ou les personnes agissant en leur lieu et place, étaient en effet protégés par la loi s'ils administraient un châtiment modéré et raisonnable aux enfants. La notion de « caractère raisonnable » permet ainsi aux tribunaux d'appliquer les critères ayant cours dans la société contemporaine pour le châtiment corporel des enfants. Après avoir considéré qu'il est évident que l'enfant avait subi un traitement d'une gravité suffisante pour relever de l'article 3¹⁰²⁰, la Cour a estimé que la loi ne mettait pas suffisamment le requérant à l'abri d'un traitement ou d'une peine contraires à l'article 3. Faute d'une protection appropriée, elle conclut à la violation de cet article¹⁰²¹, le jury ayant acquitté son beau-père qui lui avait infligé le traitement en cause.

345 **Viols.** En se fondant sur une combinaison des articles 3 et 8 de la Convention, la Cour européenne impose également à la charge de l'Etat, dans l'arrêt *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003¹⁰²², une obligation positive de promulguer et d'appliquer une législation pénale permettant de réprimer effectivement le viol et dans l'arrêt *M. et C. c/ Roumanie* du 27 septembre 2011¹⁰²³, les abus sexuels sur les enfants. Cette obligation est donc à la fois substantielle et procédurale. Le volet substantiel de

¹⁰¹⁸ Voir *GACEDH* n° 74 ; F. Sudre, *Le droit européenne et international des droits de l'homme*, préc., n° 448 et s. ; E. Lambert-Abdelgawad, *L'exécution des arrêts de la Cour EDH*, Ed. du Conseil de l'Europe, Dossier sur les droits de l'homme, n° 19, 2^e éd., 2008.

¹⁰¹⁹ *A. c/ Royaume-Uni* du 23 Septembre 1998 : *JCP G* 1999. I. 195, obs. F. Sudre.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, § 21.

¹⁰²¹ *Ibid.*, § 24.

¹⁰²² *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003, préc.

¹⁰²³ *M. et C. c/ Roumanie*, 27 septembre 2011, req. n° 29032/04.

l'obligation édictée à la charge de l'Etat, d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol et le volet procédural, de les appliquer en pratique au travers d'une enquête et de poursuites effectives¹⁰²⁴.

b. L'obligation positive de prévention

346 **Obligation de moyen.** La Cour rappelle que l'Etat a une obligation positive de prévention. Selon elle, « l'Etat partie doit prendre les mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient pu avoir connaissance »¹⁰²⁵. Sur ce point, la Cour européenne souligne qu'« il convient d'interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau excessif, eu égard notamment à l'imprévisibilité du comportement humain ainsi qu'aux choix opérationnels à faire en terme de priorités et du ressources. Dès lors, tout risque de mauvais traitement n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. Cependant, les mesures requises doit au moins permettre une protection efficace, notamment des enfants et autres personnes vulnérables et inclure des mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance »¹⁰²⁶. L'obligation qui pèse sur l'Etat ici, est une obligation de moyen et non une obligation de résultat. Selon le Professeur Gouttenoire, l'obligation de prévention, et son corollaire, l'obligation d'investigation, ne peut constituer qu'une obligation de moyen, laquelle est satisfaite lorsqu'il est constaté que les services sociaux n'ont pas commis de négligence dans le cadre de leur intervention auprès des enfants concernés. Transformer cette obligation en obligation de résultat reviendrait à faire peser une obligation trop lourde sur les services sociaux et à les rendre responsables des maltraitances qui ont été infligés par un membre de la famille¹⁰²⁷. La Cour européenne exige donc de la part des Etats de prendre des mesures proportionnées au danger encouru par les enfants pour empêcher les mauvais traitements. Selon Olivier de Schutter, « la proportionnalité intervient dans la mesure de l'obligation de prévention, dans le processus consistant à « vérifier si l'Etat n'aurait pas pu prendre des mesures de prévention plus efficaces,

¹⁰²⁴ Voir *Infra* pour le volet procédural de l'obligation.

¹⁰²⁵ *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001, req. n° 29392/95, § 73 : *JCP G* 2001. I. 342, obs. F. Sudre ; *JDI* 2002, n° 1, p. 286, obs. C. Renaut.

¹⁰²⁶ Voir eu dernier lieu, *O'Keeffe c/ Irlande*, préc., § 144.

¹⁰²⁷ *RTDH* 2003, n° 56, p. 1355, obs. A. Gouttenoire.

ayant un pouvoir de dissuasion plus grand, afin d'empêcher la survenance des événements qu'il s'était engagé à éviter »¹⁰²⁸.

347 Protection contre la maltraitance dans un contexte éducatif. Dans l'affaire *O'Keefe c/ Irlande* concernant la protection contre le risque d'abus sexuels auxquels sont exposés les mineurs dans un contexte éducatif, la Cour européenne estime que l'Etat était informé de l'existence d'abus sexuels commis par des adultes sur des enfants compte tenu notamment du nombre important de poursuites diligentées pour de tels faits¹⁰²⁹. Toutefois, l'Etat « a néanmoins continué à confier la gestion de l'enseignement primaire dispensé à une vaste majorité de jeunes enfants irlandais à des institutions non publiques (les écoles nationales) sans mettre en place un dispositif de contrôle public propre à éviter le risque de perpétration de tels abus »¹⁰³⁰. Dans ces conditions, elle conclut à la violation de l'article 3 de la Convention car l'Etat a failli à son obligation positive de protéger la requérante en l'espèce contre les abus sexuels subis dans le milieu scolaire.

348 Obligation positive de protection contre les maltraitements intrafamiliaux. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'Etat a prévu un mécanisme de protection adéquat mais ce mécanisme fonctionne mal – notamment du fait de la carence des autorités compétentes – laissant le mineur exposé aux risques de maltraitance. Les violations privées sont ici imputables à l'Etat du fait de son inaction. Il s'agit le plus souvent de l'hypothèse dans laquelle des familles à problèmes étaient déjà en contact avec les services sociaux pour diverses raisons, par exemple des problèmes financiers et ou des problèmes scolaires des enfants ou autres mais en raison de la négligence des services sociaux, ceux-ci n'arrivent pas à détecter le problème des mauvais traitements dans ces familles. Pour engager la responsabilité de l'Etat, « la question qui se pose est donc de savoir si les services sociaux étaient, ou auraient dû être, au courant que les requérants souffraient ou risquaient de souffrir de sévices ; ensuite, il s'agit de savoir si les services sociaux ont pris les mesures nécessaires pour les protéger »¹⁰³¹. La Cour européenne

¹⁰²⁸ O. de Schutter, « L'intervention des autorités publiques dans les relations familiales et l'obligation de prévenir les mauvais traitements : vie familiale et droit à la protection de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. droit familial*, 1999, p. 427.

¹⁰²⁹ *O'Keefe c/ Irlande*, préc., § 168.

¹⁰³⁰ *Ibid.*

¹⁰³¹ *E. et autres c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 2002, req. n° 33218/96, § 92 : *RTDH* 2003, n° 56, p. 1355, obs. A. Gouttenoire.

exerce donc son contrôle sur la proportionnalité des mesures prises par les services sociaux, sous réserve de la connaissance des faits.

349 Non-connaissance des faits. Dans l'arrêt *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* du 10 octobre 2002¹⁰³², les faits d'espèce ont conduit la Cour européenne à décider qu'il n'est pas démontré que l'autorité locale était informée des risques du mauvais traitement et donc, ne pouvait pas être critiquée pour avoir manqué à une obligation positive de prévention. Dans cet arrêt, les enfants ont subi des abus sexuels de la part de leur beau-père pendant des années. Pour ne pas condamner le Royaume-Uni dans l'affaire *D.P. et J.C.*, la Cour souligne que les enfants avaient trop peur de leur beau-père pour avouer les faits à leur mère. La fille n'a pas dénoncé le viol car elle savait que sa plainte entraînerait un examen gynécologique. Les deux enfants ont affirmé avoir signalé ces abus aux services sociaux mais leur mère a nié les faits et les services sociaux n'ont pris aucune mesure. La Cour note également que, rien dans les dossiers des services sociaux ne permettait de soupçonner qu'il y avait des problèmes de sévices sexuels dans la famille des requérants. La Cour n'est pas convaincue que des aspects particuliers de la situation familiale tumultueuse et instable, aient dû amener les services sociaux à soupçonner un problème plus profond et insidieux dans une famille qui connaissait des difficultés financières et avait fait l'objet de poursuites pénales à plusieurs reprises, et une mère dont on avait constaté qu'elle était « moins attentionnée » qu'elle aurait dû l'être¹⁰³³. En outre, la Cour note que loin de percevoir le beau-père comme un élément présentant un danger dans cette situation, les services sociaux ont estimé avoir des motifs de croire, que celui-ci avait une influence positive, offrant un substitut paternel au nombre croissant d'enfants, un soutien à la mère et une source potentielle de revenus supplémentaires. La Cour souligne aussi que les deux enfants montraient également un profond attachement à la famille. Après avoir été placée à titre temporaire dans un foyer d'accueil, la première requérante est retournée à sa demande dans sa famille. Le second requérant, placé dans un foyer pour enfant, passant un week-end sur deux dans sa famille, s'est montré parfois peu désireux de rentrer, mais à d'autres reprises, il semblait heureux de ces visites.

¹⁰³² *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* du 10 octobre 2002, req. n° 38719/97 : *JCP G* 2003, I, 109, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2003, n° 56, p. 1355, obs. A. Gouttenoire.

¹⁰³³ *Ibid.*, § 112.

350 **Connaissance des risques.** À l'inverse, dans l'arrêt *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001¹⁰³⁴ relatif à la négligence dont avait été victime une fratrie, la famille a été signalée aux services sociaux par leur visiteuse sanitaire, qui a exprimé sa préoccupation concernant les enfants et a rapporté que l'un des enfants a dérobé de la nourriture. Pour cette raison, la famille était en contact avec les services sociaux pendant plus de quatre ans. Ces derniers ont surveillé la famille et ont prêté diverses formes de soutien aux parents mais n'ont jamais trouvé nécessaire d'intervenir. Les services sociaux sont finalement intervenus à travers notamment une mesure de placement des enfants qui avait été sollicitée par la mère, et non par l'autorité locale. Dans cet arrêt, en raison du laps de temps particulièrement long s'étant écoulé alors que la famille était tout le temps en contact avec les services sociaux, la Cour retient la responsabilité de l'Etat faute d'avoir pris des mesures effectives de protection. Dans le même sens, l'arrêt *E. et autres c/ Royaume-Uni*¹⁰³⁵ concernant des atteintes sexuelles commis par le compagnon de la mère alors que la famille était en contact avec les services sociaux à cause de graves problèmes financiers de la mère, la Cour constate que malgré le rapport rédigé par les services sociaux montrant que les enfants étaient heureux et que la mère avait toujours fait preuve de préoccupation pour ses enfants, les services sociaux auraient dû être au courant des mauvais traitements en raison des incidents graves dans la famille¹⁰³⁶. Selon la Cour, même si les services sociaux n'avaient pas connaissance des sévices, ils auraient dû savoir qu'un risque potentiel existait¹⁰³⁷.

351 **Proportionnalité des mesures prises.** La Cour affirme, dans l'arrêt *E. et autres c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 2002, que l'article 3 n'a pas pour but de contrôler si les mauvais traitements pouvaient être évités ou non, le fait de ne pas avoir pris des mesures susceptibles de modifier la situation ou en minimiser les conséquences

¹⁰³⁴ *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001, req. n° 29392/95, §§ 72 et 74 : *JCP G* 2001. I. 342, obs. F. Sudre ; *JDI* 2002, n° 1, p. 286, obs. C. Renault.

¹⁰³⁵ *E. et autres c/ Royaume-Uni*, préc.

¹⁰³⁶ La Cour observe qu'une enfant (E.) a été une fois retrouvée à demi consciente et dans un état de surdosage. Dans le rapport médical, elle se plaignait qu'elle détestait le concubin de sa mère qui l'a frappée, lui a crié dessus et l'a tellement perturbé qu'elle s'est enfuie avec l'intention de se suicider. L'autre requérante (L.), âgée de treize ans, s'est enfuie de la maison, suite à un incident dans lequel elle a affirmé que le concubin de sa mère avait tenté de la violer. Ce dernier a été arrêté par la police pour avoir commis un attentat à la pudeur sur E. et L. Il a reconnu ses actes et a été condamné à deux ans de probation à condition qu'il cesse d'habiter chez les requérants. Mais en dépit des obligations du contrôle judiciaire, il poursuivait ses relations étroites avec la famille et même avec les enfants.

¹⁰³⁷ *E. et autres c/ Royaume-Uni*, préc., § 96.

étant suffisant pour engager la responsabilité de l'Etat¹⁰³⁸. Dans cet arrêt, la Cour reproche aux services sociaux le fait qu'ils n'ont pas réagi de manière efficace. Elle leur reproche l'absence d'enquête, de communication et de coopération des autorités compétentes. Selon la Cour, la gestion correcte et efficace de leur responsabilité aurait pu éviter, ou du moins, minimiser le dommage subi. Dans le même sens, dans l'arrêt *Z. et autres*¹⁰³⁹, la Cour reproche aux services sociaux le fait qu'ils n'ont réagi que tardivement. Ces derniers n'ont décidé de placer des enfants que quatre ans et demi après avoir eu connaissance des graves négligences ayant cours dans la famille. En outre, le placement est fait sur l'insistance de la mère des enfants. Ainsi, la Cour impose aux Etats, sur le fondement de l'article 3 de la Convention, l'obligation positive de placer l'enfant lorsque sa protection l'exige¹⁰⁴⁰. Cette obligation n'est pas incompatible avec le droit au respect de la vie familiale puisqu'elle est également fondée sur la protection de l'enfant, le droit de l'enfant à son intégrité physique l'emportant sans discussion possible sur le droit à la vie familiale de ses parents¹⁰⁴¹. La Cour admet dans l'arrêt *Olsson c/ Suède* du 4 mars 1988¹⁰⁴² que le placement de l'enfant ne constitue pas une violation du droit à la vie familiale s'il relève d'une mesure prévue par la loi justifiée par l'intérêt de l'enfant et proportionnée¹⁰⁴³.

B. L'extension de la protection de l'intégrité physique à l'article 4 de la Convention

352 Article 4 de la Convention. L'article 4 de la Convention prévoit une interdiction absolue de l'esclavage et du travail forcé selon la formule « nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude » et « nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire ». Contenant des termes quelque peu obsolètes comme « esclavage » ou « servitude », l'article 4 est resté sans effet pendant longtemps jusqu'à ce que l'arrêt *Siliadin c/ France* du 26 juillet 2005¹⁰⁴⁴ lui donne une « interprétation

¹⁰³⁸ *Ibid.*, § 99.

¹⁰³⁹ *Z. et autres c/ Royaume-Uni*, préc., § 76.

¹⁰⁴⁰ *GACEDH* n° 52, p. 571, voir *Infra.*, n° 547 pour le développement.

¹⁰⁴¹ En ce sens, voir A. Gouttenoire, « Le droit de l'enfant d'être protégé contre les mauvais traitements », préc.

¹⁰⁴² *Olsson c/ Suède* du 24 mars 1988 : *GACEDH* n° 52 .

¹⁰⁴³ Voir *Infra.*, n° 541 et s.

¹⁰⁴⁴ *Siliadin c/ France* du 26 juillet 2005, req. n° 73316/01 : *JCP G* 2005. II. 10142, note F. Sudre ; *RDT Civ.* 2005, n°4, p. 740, obs. J-P. Marguénaud ; *Lexbase Hebdo – Edition sociale*, n° 185, obs. C. Willmann ; *RSC* 2006, n° 1, p. 139, obs. F. Massias ; *D.* 2006, n° 25, p. 1717, J-F. Renucci ; *JDI* 2006, n°3, p. 1138, obs. E. Decaux ; *GACEDH* comm. n° 16 ; *RFDA* 2006, p. 321.

renouvelée »¹⁰⁴⁵. Selon la Cour européenne, l'article 4 de la Convention consacre au même titre que les articles 2¹⁰⁴⁶ (droit à la vie) et 3¹⁰⁴⁷ (interdiction de la torture) l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques¹⁰⁴⁸.

353 Esclavage « domestique ». L'affaire *Siliadin* concerne une jeune fille âgée de quinze ans et demi de nationalité togolaise, amenée en France avec l'accord de son père, par une ressortissante française d'origine togolaise. Selon cet accord, la requérante devrait travailler jusqu'au remboursement de son billet d'avion, sa situation administrative devant ensuite être régularisée puis, elle devrait être scolarisée. Cependant, Mlle Siliadin a été « prêtée » à un couple d'amis (les époux B.) afin d'assumer des tâches ménagères. Pendant plus de trois ans, la requérante a vécu sans papiers d'identité (son passeport ayant été confisqué), sans que sa situation administrative soit régularisée, en dormant par terre dans la chambre des enfants. Elle travaillait environ quinze heures par jour, sans jour de repos, sans être payée, sans être scolarisée. Les époux B. ont été poursuivis pénalement, pour obtention abusive d'une personne vulnérable ou dépendante, de services non rétribués ou insuffisamment rétribués¹⁰⁴⁹, et pour soumission de cette personne à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine¹⁰⁵⁰. Condamnés en première instance, les époux B. ont été relaxés par la cour d'appel de Paris de toutes les charges retenues contre eux. Le parquet général ne s'étant pas pourvu en cassation contre cet arrêt – mais seulement la requérante –, cette relaxe est devenue définitive, la Cour de cassation n'étant saisie que du volet civil de l'affaire. Devant la Cour européenne, la requérante a invoqué la violation de l'article 4 de la Convention.

354 Précision de la position de la Cour européenne. Sept ans après l'affaire *Siliadin*, la France a encore une fois été condamnée par la Cour européenne dans

¹⁰⁴⁵ F. Sudre, « "Esclavage domestique" et Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2005. II. 10142.

¹⁰⁴⁶ *Mc Canne et autres c/ Royaume-Uni*, gr. ch., du 27 septembre 1995, série A. n° 324 : *GACEDH* n° 11, *AFDI* 1995, 485, chron. V. Coussirat-Coustère ; *Rev. sc. crim.* 1996, 462, obs. R. Koering-Joulin ; *RUDH* 1996, 9, chron. F. Sudre.

¹⁰⁴⁷ *Soering c/ Royaume-Uni*, Cour plénière, du 7 juillet 1989, série A. n° 161 : *GACEDH* n° 16, *JCP G* 1990, II, 3452, note H. Labayle ; *RGDIP* 1990, 103, obs. F. Sudre ; *RTDH* 1990, 5, obs. W. J. Ganshof Van Der Meersch.

¹⁰⁴⁸ *Siliadin c/ France*, préc., § 112.

¹⁰⁴⁹ C. pén., art. 225-13.

¹⁰⁵⁰ C. pén., art. 225-14.

l'affaire *C.N. et V. c/ France* du 11 octobre 2012¹⁰⁵¹. Les faits d'espèce étant similaires à ceux de l'arrêt *Siliadin*, cette affaire vient compléter et préciser la solution de la Cour sur de nombreux de points. En l'occurrence, les requérants sont deux sœurs nées au Burundi. En raison de la guerre civile pendant laquelle leurs parents avaient été tués, les deux sœurs encore mineures, avaient été confiées à la tutelle de leur oncle et tante (les époux M.), ressortissants burundais vivant en France. La première requérante est arrivée en France en 1994 et la deuxième requérante en 1995 accompagnée de leurs trois sœurs cadettes. Ces dernières ayant été rapidement placées dans des familles d'accueil, seules les deux requérantes poursuivirent leur séjour chez les époux M. Logées au sous-sol, elles alléguaient avoir été obligées de s'occuper de toutes les tâches ménagères et domestiques, sans rétribution ni jour de repos. Elles affirmaient en outre avoir quotidiennement subi des brimades physiques et verbales. Les deux requérantes ont été « utilisées » comme « bonnes à tout faire » au sein du foyer qui comptait déjà sept enfants. La première requérante avait la charge de toutes les tâches ménagères de la maison et devait également s'occuper de l'enfant handicapé du couple. La seconde aidait sa sœur pour les travaux domestiques mais était scolarisée contrairement à cette dernière. Fin 1995, un service public départemental d'action sociale a procédé à un signalement d'enfants en danger auprès du procureur de la République mais le dossier a été classé sans suite après enquête de la brigade des mineurs. Début 1999, une association a signalé au parquet la situation des requérantes, qui s'enfuirent du domicile de leur oncle et tante et furent prises en charge par l'association. Sous l'angle de l'article 4, les requérantes disaient avoir été tenues en servitude et assujetties à un travail forcé ou obligatoire.

355 **Mise en œuvre de l'article 4 de la Convention.** Victimes potentielles de la pratique contemporaine de l'« esclavage domestique » comme dans les cas d'espèce, les enfants pourront bénéficier pleinement de la jurisprudence de la Cour européenne en ce domaine. La Convention européenne étant « un instrument vivant »¹⁰⁵², conduit la Cour européenne à effectuer une lecture adaptée de l'article 4 « aux conditions de vie

¹⁰⁵¹ *C.N. et V. c/ France* du 11 octobre 2012, req. n° 67724/09 : *AJP* 2013, n° 3, p. 162, obs. S. Lavric ; *AJDA* 2013, n° 3, p. 168, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *RSC* 2013, n° 1, p. 149, obs. D. Roets ; *LPA* 2012, n° 248, p. 14, obs. E. Matignon ; *Procédures* 2012, n° 12, p. 18, obs. N. Fricero ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 313, p. 31, obs. C. Berlaud ; *Dr. pén.* 2013, n° 4, chron. 4, obs. E. Dreyer.

¹⁰⁵² *Selmouni c/ France*, gr. ch., du 28 juillet 1999, *Rec. 1999-V*, 203, § 101 : *GACEDH* n° 14 ; *JCP G* 1999, II, 10193, note F. Sudre ; *RGDIP* 2000, 181, note G. Cohen Jonathan ; *RTDH* 2000, 123, note P. Lambert.

actuelle »¹⁰⁵³. En conséquence, la Cour, procédant à une relecture de l'article 4 de la Convention (1°), transpose les obligations positives existantes à cet article (2°).

1° L'actualisation de l'article 4 de la Convention

356 Dynamisme interprétatif. Avec une interprétation « dynamique et évolutive »¹⁰⁵⁴, la Cour européenne réévalue les termes de l'article 4 permettant de juger que la pratique de l'« esclavage domestique » est interdite par cette disposition. Toutefois, la Cour semble omettre l'utilisation de la notion même de l'« esclavage domestique » et elle ne la définit pas¹⁰⁵⁵. Au contraire, en examinant les faits d'espèce au regard des pratiques interdites par l'article 4, la Cour européenne requalifie les notions de « travail forcé » (a.) et de « servitude » (b.).

a. La requalification de la notion de « travail forcé »

357 Contrainte physique ou morale. Afin de qualifier la notion de « travail forcé », la Cour fait référence à sa jurisprudence *Van der Musselle c/ Belgique* du 23 novembre 1983¹⁰⁵⁶ selon laquelle l'obligation pour un avocat stagiaire d'assister gratuitement un prévenu, ne peut être qualifiée de travail forcé et obligatoire. Puis, elle reprend la définition donnée par l'article 2 § 1 de la Convention n° 29 de l'OIT (l'Organisation Internationale du Travail) qui désigne l'expression « travail forcé ou obligatoire » comme « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de son plein gré »¹⁰⁵⁷. Selon la Cour européenne, le travail forcé ou obligatoire évoque l'idée d'une contrainte, physique ou morale¹⁰⁵⁸. Dans l'arrêt *Siliadin*, la Cour constate que les éléments constitutifs du travail forcé sont réunis : Mlle Siliadin était en situation irrégulière sur le territoire français, craignait d'être arrêtée par la police et elle n'a pas donné son consentement au travail fourni¹⁰⁵⁹. La Cour souligne que la requérante était mineure à l'époque des faits et ainsi qu'elle a « *au minimum*, été soumise à un travail forcé au sens

¹⁰⁵³ *Siliadin c/ France*, préc., § 121.

¹⁰⁵⁴ F. Sudre, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, I, 335.

¹⁰⁵⁵ F. Sudre, « “Esclavage domestique” et Convention européenne des droits de l'homme », préc.

¹⁰⁵⁶ *Van der Musselle c/ Belgique* du 23 novembre 1983, A. 70.

¹⁰⁵⁷ *Siliadin c/ France*, préc., § 116

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, § 117.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, §§ 118 à 119.

de l'article 4 de la Convention »¹⁰⁶⁰. Tout en maintenant le double critère de « travail » exigé « sous la menace d'une peine quelconque » dans l'arrêt *C.N. et V.*¹⁰⁶¹, la Cour vient préciser ces deux notions.

358 Notion de « travail ». En ce qui concerne la notion de « travail », la Cour précise que « tout travail exigé d'un individu sous la menace d'une « peine » ne constitue pas nécessairement un travail forcé ou obligatoire prohibé par l'article 4 »¹⁰⁶². Ce qui compte pour la Cour est d'une part, la quantité de travail et d'autre part, la qualité du travail effectué. Selon elle, « il convient de prendre en compte la nature et le volume de l'activité en cause »¹⁰⁶³. Elle se réfère ici à la notion de « fardeau disproportionné » qu'elle avait utilisé dans l'affaire *Van der Mussele c/ Belgique*¹⁰⁶⁴ en refusant de faire entrer la situation d'un avocat stagiaire commis d'office dans le champ d'application de l'article 4 par le biais de la notion de « travail forcé ou obligatoire ». Par conséquent, elle considère dans l'arrêt *C.N. et V.* que les deux requérantes ne se trouvaient pas dans la même situation au regard du travail fourni. La première travaillait sept jour sur sept, sans jour de repos ni rétribution ni loisir et sans être scolarisée. La seconde était scolarisée et bénéficiait d'un temps après école pour faire ses devoirs avant d'aider sa sœur dans les tâches ménagères¹⁰⁶⁵. La Cour estime que la première requérante « a fourni un travail d'une telle importance que sans son aide, les époux M. auraient dû avoir recours à une employée de maison professionnelle et donc rémunérée ». La seconde requérante, quant à elle, « n'a pas démontré de façon suffisante qu'elle contribuait de façon démesurée à l'entretien du foyer »¹⁰⁶⁶. Il est possible d'interpréter cette précision offerte par la Cour comme une prudence envers d'éventuels recours émis par des enfants à l'égard de « corvées ménagères » que leur imposeraient leurs parents. Les travaux effectués, nécessitant « de recourir à un professionnel » et requérant « l'emploi contre rémunération », ne peut pas être confondu avec de simples besognes domestiques¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, § 120, nous soulignons.

¹⁰⁶¹ *C.N. et V. c/ France*, préc., § 71.

¹⁰⁶² *Ibid.*, § 74.

¹⁰⁶³ *Ibid.*

¹⁰⁶⁴ *Van der Mussele c/ Belgique*, préc., § 39.

¹⁰⁶⁵ *C.N. et V. c/ France*, préc., § 73.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, § 75.

¹⁰⁶⁷ E. Matignon, « Regards sur la servitude humaine », *LPA* 2012, n° 248, p. 14.

359 **Notion de travail exigé « sous la menace d'une peine quelconque ».** En ce qui concerne le critère du travail exigé « sous la menace d'une peine quelconque », la Cour se réfère au rapport global intitulé « le coût de la coercition » adopté par la Conférence internationale du travail en 1999, pour adopter une acception large de la notion de « peine » choisie par ce texte qui confirme l'expression d'une « peine quelconque »¹⁰⁶⁸. S'appuyant sur le même rapport, la Cour indique que « si la "peine" peut aller jusqu'à la violence ou à la contrainte physique, elle peut également revêtir une forme plus subtile, d'ordre psychologique, telle que la dénonciation de travailleurs en situation illégale à la police ou aux services d'immigration »¹⁰⁶⁹.

360 **Condamnation.** C'est ainsi que la Cour arrive à la conclusion que les deux critères de l'allégation de « travail forcé » sont réunis dans le cas de la première requérante¹⁰⁷⁰. Cette dernière subissait régulièrement la menace d'être renvoyée au Burundi, ce qui signifiait pour elle la mort et l'abandon de ses autres sœurs. Dans ces conditions, la Cour considère qu'« un renvoi au Burundi était donc considéré par la première requérante comme une "peine" et la menace d'un tel renvoi comme la « menace » de l'exécution de cette "peine" »¹⁰⁷¹. Pour la seconde requérante, la Cour constate qu'elle « était placée dans une situation différente qui ne relève pas de la disposition précitée »¹⁰⁷² pour ne pas vérifier la validité du second critère. Un auteur note tout de même que la solution d'espèce diffère de celle de l'arrêt *Siliadin* et que dans l'arrêt *C.N. et V.*, la Cour donne naissance à un critère de degré quant au « travail » effectué dans le cadre du « travail forcé » au détriment d'une interprétation extensive de la « menace d'une peine »¹⁰⁷³. En effet, dans l'affaire *Siliadin*, la Cour utilise l'argument de minorité pour conclure que la requérante a « *au minimum*, été soumise à un travail forcé au sens de l'article 4 de la Convention »¹⁰⁷⁴. Dans l'affaire *C.N. et V.*, alors que V. était mineure à l'époque des faits, la Cour ne semble pas prendre en compte ce facteur. Et si la Cour devait examiner le critère de la « menace d'une peine quelconque », ce critère serait rempli. En effet, le rapport d'examen médico-psychologique fait état des propos de V. qui attestait qu'un retour au Burundi serait

¹⁰⁶⁸ *C.N. et V. c/ France*, préc., § 77.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, § 78.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, § 78.

¹⁰⁷² *Ibid.*, § 79.

¹⁰⁷³ E. Maignon, « Regards sur la servitude humaine », préc.

¹⁰⁷⁴ *Siliadin c/ France*, préc., § 120, nous soulignons.

« encore pire » que de rester chez les époux M.¹⁰⁷⁵ De plus, la seconde requérante a subi des peines corporelles, pour lesquelles sa tante a été reconnue coupable par la juridiction française. Les époux M. ont également refusé de lui payer les bons de transport ainsi que la cantine¹⁰⁷⁶ et les soins dentaires¹⁰⁷⁷.

b. La requalification de la notion de « servitude »

361 « Esclavage », « servitude », « traite d'être humain ». Pour qualifier la notion de « servitude », la Cour estime d'abord que les faits d'espèce ne pouvaient pas être qualifiés comme le travail d' « esclavage » au sens classique du terme. Faisant référence à la Convention de Genève relative à l'esclavage du 25 septembre 1926 qui définit l'esclavage comme « l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux »¹⁰⁷⁸ la Cour estime, que Mlle Siliadin n'a pas été maintenue en esclavage dans ce sens¹⁰⁷⁹. L'approche évolutive de la Cour conduit ainsi à distinguer l' « esclavage », au sens classique, et la « servitude », forme moderne de l'esclavage¹⁰⁸⁰. La Cour, dans l'arrêt *C.N. et V.*, écarte une allégation de la traite des êtres humains. En affirmant que, selon sa jurisprudence *Rantsev c/ Chypre et Russie* du 7 janvier 2010¹⁰⁸¹, la traite des êtres humains relève en soi de l'article 4 de la Convention, elle considère que les faits de l'arrêt *C.N. et V.* « présente plus de similitudes avec l'affaire *Siliadin* qu'avec l'affaire *Rantsev* »¹⁰⁸².

362 **Interprétation renouvelée de « servitude ».** S'agissant de la notion de « servitude », l'ancienne Cour et la Commission¹⁰⁸³ faisaient référence à la Convention supplémentaire sur l'esclavage de 1956 qui définissait la servitude comme « une forme de négation de la liberté, particulièrement grave », englobant « en plus de l'obligation de fournir à autrui certains services, (...) l'obligation pour le « serf » de vivre sur la propriété d'autrui et l'impossibilité de changer sa condition ». Dans l'arrêt *Siliadin*, la notion de « servitude » fait l'objet d'une interprétation renouvelée de la part des juges européens. En se référant à la décision d'irrecevabilité *Séguin c/ France* du 7 mars

¹⁰⁷⁵ *C.N. et V. c/ France*, préc., § 34.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, § 18.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, § 19.

¹⁰⁷⁸ *Siliadin c/ France*, préc., § 122.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, § 122.

¹⁰⁸⁰ F. Sudre, « “Esclavage domestique” et Convention européenne des droits de l'homme », préc.

¹⁰⁸¹ *Rantsev c/ Chypre et Russie* du 7 janvier 2010, req. n° 25965/04, § 279.

¹⁰⁸² *C.N. et V. c/ France*, préc., § 88.

¹⁰⁸³ *Van Droogenbroeck c/ Belgique* du 9 juillet 1980, série B no 44, p. 30, §§ 78-80.

2000¹⁰⁸⁴, la Cour retient une acceptation plus large et plus opérationnelle de la servitude qui se définit comme « une obligation de prêter ses services sous l'empire de la contrainte et qu'elle est à mettre en lien avec la notion de l'esclavage ». Ainsi elle considère que Mlle Siliadin, mineure à l'époque des faits, a été tenue en état de servitude au sens de l'article 4 de la Convention¹⁰⁸⁵.

363 Degrés de la gravité des traitements. La Cour européenne refuse une lecture globalisante de l'article 4 qui aurait conduit à assimiler la servitude à la notion datée d'esclavage. Au contraire, en estimant que la « servitude » est « à mettre en lien avec la notion d' "esclavage" »¹⁰⁸⁶, elle semble différencier le champ d'application de chacun des termes de l'article 4 en fonction de la gravité des traitements en cause comme elle avait fait pour l'article 3¹⁰⁸⁷. La « servitude » apparaît comme *moins* que l' « esclavage » mais comme *plus* que le « travail forcé »¹⁰⁸⁸. Cette interprétation renouvelée permet donc à la Cour de libérer les potentialités de la notion de « servitude » et en fait une conception utile, permettant d'offrir la garantie de la Convention aux victimes des formes contemporaines d'asservissement et d'exploitation de la personne (prostitution, esclavage domestique, exploitation de la mendicité, prélèvement d'organes)¹⁰⁸⁹. La Cour réaffirme la hiérarchie interne de l'article 4 dans l'affaire *C.N. et V.*, en ajoutant que « la servitude constitue une qualification spéciale du travail forcé ou obligatoire ou, en d'autres termes, un travail forcé ou obligatoire "aggravé" »¹⁰⁹⁰, introduisant ainsi un critère de distinction entre le travail forcé ou obligatoire et la servitude. Ce critère réside dans le « sentiment des victimes que leur condition est immuable et que la situation n'est pas susceptible d'évoluer »¹⁰⁹¹ et « il suffit que ce sentiment repose sur des éléments objectifs suscités ou entretenus par les auteurs des agissements »¹⁰⁹².

364 Distinction. Par conséquent, la Cour estime dans l'affaire *C.N. et V.* que la première requérante avait la conviction que sa situation administrative sur le territoire français était dépendante de son hébergement par les époux M. et qu'elle ne pouvait pas

¹⁰⁸⁴ *Séguin c/ France* du 7 mars 2000, req. n° 42400/98.

¹⁰⁸⁵ *Siliadin c/ France*, préc., § 129.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, préc., § 124.

¹⁰⁸⁷ F. Sudre, « "Esclavage domestique" et Convention européenne des droits de l'homme », préc.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ *C.N. et V. c/ France*, préc., § 91.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*

¹⁰⁹² *Ibid.*

s'émanciper de leur tutelle sans risquer de se trouver en situation irrégulière car, n'étant pas scolarisée, elle ne disposait d'aucune qualification pour espérer obtenir un travail rémunéré¹⁰⁹³. Sa crainte était accentuée par le fait qu'elle a été hospitalisée à trois reprises sous le nom de sa cousine¹⁰⁹⁴. C'est pourquoi la Cour estime que la première requérante a été bien maintenue en état de servitude par les époux M. Pour la seconde requérante, la Cour considère au contraire qu'elle n'était pas tenue en servitude : étant scolarisée contrairement à sa sœur aînée, elle a pu acquérir les bases de la langue française et était moins isolée que sa sœur. Cette dernière disposait également du temps pour faire ses devoirs lorsqu'elle rentrait de l'école. Cependant, il est regrettable que la Cour européenne « n'ait pas envisagé de façon extensive la servitude caractérisée par une dépendance morale constituant une contrainte psychologique obligeant la personne y étant soumise à "obéir" à celui ou celle qui se comporte comme son "maître" »¹⁰⁹⁵. Les faits d'espèce montre que malgré tout, la seconde requérante vivait dans les mêmes conditions d'insalubrité que sa sœur, devait s'adonner aux mêmes tâches après école, subissait les violences physiques de sa tante et était mineure au moment des faits. Dans ces conditions, elle pouvait aussi penser que sa situation n'était pas susceptible d'évoluer.

365 Interrogation. Selon une partie de la doctrine, cet « état de servitude » aurait plutôt pu être considéré comme une « forme contemporaine de l'esclavage » indépendamment de toute référence à la servitude¹⁰⁹⁶. D'autant plus que dans l'arrêt *Siliadin*, la Cour se réfère aux travaux de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui insistent sur la nécessité pour les Etats membres, d'incriminer dans leur droit pénal interne, l'esclavage et la traite des être humains. Et dans ces travaux, la notion de l'« esclavage domestique » est utilisée¹⁰⁹⁷. Par exemple, l'Assemblée parlementaire note, dans sa recommandation 1523 (2001) adoptée le 26 juin 2001, que « l'Assemblée regrette qu'aucun Etat membre du Conseil de l'Europe ne reconnaisse expressément l'esclavage domestique comme délit dans leur Code pénal ». La recommandation 1663 (2004) adoptée le 22 juin 2004 accueille au titre de ses

¹⁰⁹³ *Ibid.*, § 92.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, § 19.

¹⁰⁹⁵ E. Maignon, « Regards sur la servitude humaine », préc.

¹⁰⁹⁶ E. Maignon, « Regards sur la servitude humaine », préc. ; D. Roets, « L'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme une nouvelle fois violée par la France », *RSC* 2013, p. 149.

¹⁰⁹⁷ *Siliadin c/ France*, préc., § 49.

recommandations destinées au Comité des ministres, un paragraphe (ii) intitulé : « en ce qui concerne l'esclavage domestique ».

2° La transposition des obligations positives existantes à l'article 4 de la Convention

366 Reconnaissance et précision. Après avoir fait entrer la protection de l'« esclavage domestique » dans la protection prévue à l'article 4 de la Convention, la Cour européenne procède à une transposition des obligations positives existantes au titre des articles 3 et 8 de la Convention à l'article 4. Ainsi, en reconnaissant l'existence des obligations positives inhérentes à l'article 4 (a.), elle en précise la portée (b.).

a. La reconnaissance de l'existence des obligations positives inhérentes à l'article 4 de la Convention

367 « Valeur fondamentale des sociétés démocratiques ». Dans l'affaire *Siliadin*, la Cour reconnaît pour la première fois les obligations positives nées de l'article 4 de la Convention en transposant les obligations positives découlant des articles 3 et 8. Elle rappelle ainsi qu'il a déjà été établi que, concernant certaines dispositions de la Convention, le fait que l'Etat s'abstienne de porter atteinte aux droits garantis, ne suffit pas pour conclure qu'il s'est conformé aux engagements découlant de l'article 1 de la Convention¹⁰⁹⁸ et souligne qu'« avec les articles 2 et 3, l'article 4 de la Convention consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe »¹⁰⁹⁹. Par conséquent, la Cour estime qu'« il découle nécessairement de cet article des obligations positives pour les Etats, [...], d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent les pratiques visées par l'article 4 et de les appliquer concrètement »¹¹⁰⁰. La Cour reprend ce même raisonnement dans l'affaire *C.N. et V. c/ France*¹¹⁰¹.

368 Obligation de protection. En se référant aux textes internationaux interdisant l'esclavage, la servitude et le travail forcé ou obligatoire comme la Convention sur le travail forcé de 1930 de l'OIT, la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage de 1956 et la Convention contre la torture de 1984, la Cour estime qu'il existe des obligations découlant de ces textes liant la France. Et c'est par la voie des

¹⁰⁹⁸ *Siliadin c/ France*, préc., §§ 77 à 81.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, § 82.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, § 89.

¹¹⁰¹ *C.N. et V. c/ France*, préc., §§ 68, 69 et 104.

obligations positives inhérentes à l'article 4, que la Cour permet à l'obligation de protection, découlant de ces dispositions internationales dépourvues d'effet direct, d'« accéder à la “justiciabilité” »¹¹⁰². En ce qui concerne plus particulièrement les mineurs, la Cour fait référence à la Convention internationale des droits de l'enfant notamment à ses articles 19 § 1 et 32. Ces articles prévoient les obligations positives des Etats parties pour lutter contre l'exploitation économique de l'enfant et le travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social¹¹⁰³.

369 Obligation de criminaliser et réprimer. La Cour relève qu'il ressort des constatations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe que, bien que l'esclavage ait été officiellement aboli il y a plus de 150 ans, des situations d'« esclavage domestique » perdurent en Europe, et concernant des milliers de personnes parmi lesquelles une majorité des femmes qui travaillent chez des particuliers, chez qui elles arrivent comme domestiques immigrées. Conformément aux normes et tendances contemporaines en la matière, la Cour estime que les Etats ont l'obligation de criminaliser et réprimer tout acte tendant à maintenir une personne dans une situation contraire à l'article 4. Ainsi, elle estime que les Etats ont l'obligation positive au même titre que pour l'article 3 d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent les pratiques visées par l'article 4 et de les appliquer concrètement¹¹⁰⁴.

b. Les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme

370 Nature des obligations. Selon le Professeur Sudre, si la Cour estime que l'article 4 de la Convention fait peser sur les Etats une obligation positive, elle n'étaye aucunement son affirmation¹¹⁰⁵. En faisant référence à la jurisprudence *M.C. c/ Bulgarie du 4 décembre 2003*¹¹⁰⁶, l'on peut penser que l'obligation positive mise à jour, apparaît à la fois de nature substantielle et procédurale. En effet, cette obligation positive impose de promulguer une législation pénale permettant de punir effectivement le travail forcé

¹¹⁰² F. Sudre, « “Esclavage domestique” et Convention européenne des droits de l'homme », préc.

¹¹⁰³ *Siliadin c/ France*, préc., §§ 85 à 87.

¹¹⁰⁴ *Siliadin c/ France*, préc., § 89.

¹¹⁰⁵ F. Sudre, « “Esclavage domestique” et Convention européenne des droits de l'homme », préc.

¹¹⁰⁶ *M.C. c. Bulgarie*, précité, § 153.

et le maintien en état de servitude ainsi que de l'appliquer au moyen d'une enquête et de poursuites effectives¹¹⁰⁷.

371 Exigence d'une protection pénale. Ainsi, la Cour note dans l'affaire *Siliadin* que l'esclavage et la servitude ne sont pas en tant que tels réprimés par le droit pénal français¹¹⁰⁸. Elle se réfère à sa jurisprudence *X. et Y. c/ Pays-Bas* du 26 mars 1985¹¹⁰⁹ concernant la répression des viols dans laquelle elle juge insuffisante la protection du droit civil. Selon elle, seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine. Reprenant le raisonnement de l'arrêt *X. et Y.*, la Cour constate qu'en l'espèce, la requérante, soumise à des traitements contraires à l'article 4 et maintenue en servitude, n'a pas vu les auteurs des actes condamnés au plan pénal¹¹¹⁰. Elle conclut donc à la violation des obligations positives découlant de l'article 4 de la Convention : en l'espèce, « la Cour est d'avis que les dispositions pénales en vigueur à l'époque n'ont pas assuré à la requérante, qui était mineure, une protection concrète et effective contre les actes dont elle a été victime »¹¹¹¹. Dans l'arrêt *Siliadin*, comme dans l'arrêt *C.N. et V.*, la Cour européenne condamne la France en raison d'une double inadéquation. Elle critique d'une part le législateur français de l'insuffisance d'incrimination pénale en estimant que les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal, alors en vigueur, « étaient susceptibles d'interprétations variant largement d'un tribunal à l'autre »¹¹¹². Elle critique d'autre part les autorités judiciaires françaises des défaillances tenant à l'application de la législation pénale en cause. Par conséquent, elle stigmatise l'inertie du parquet général : en ne formant pas de pourvoi incident, celui-ci a anéanti les espoirs répressifs des requérantes¹¹¹³. Un auteur espère que « les parquets recevront le message strasbourgeois, et qu'ils comprendront que lorsque le droit pénal a pour fonction de protéger un droit de l'homme aussi important que celui consacré par l'article 4, ils doivent se montrer particulièrement vigilant dans l'usage des voies de recours, le non-usage de celles-ci étant susceptible d'engager la responsabilité internationale (européenne) de l'Etat français »¹¹¹⁴.

¹¹⁰⁷ F. Sudre, « "Esclavage domestique" et Convention européenne des droits de l'homme », préc.

¹¹⁰⁸ *Siliadin c/ France*, préc., § 141.

¹¹⁰⁹ *X. et Y. c/ Pays-Bas* du 26 mars 1985, req. n° 8978/80, § 27 : RTD. Civ. 2004, n° 2, p. 361.

¹¹¹⁰ *Siliadin c/ France*, préc., § 144.

¹¹¹¹ *Ibid.*, § 148.

¹¹¹² *Siliadin c/ France*, préc., § 147 ; *C.N. et V. c/ France*, préc., § 106.

¹¹¹³ *Siliadin c/ France*, préc., § 146 ; *C.N. et V. c/ France*, préc., § 107.

¹¹¹⁴ D. Roets, « L'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme une nouvelle fois violée par la France », préc.

372 Modification. Les dispositions législatives sanctionnées par la Cour européenne dans les deux cas d'espèce ont été aménagées par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure. Les modifications apportées semblent mieux répondre à l'obligation de protection dégagée par la Cour européenne et paraissent de nature à remédier aux causes d'incompatibilité du droit interne à l'article 4¹¹¹⁵. Un auteur estime toutefois que ces modifications ne sont pas suffisantes en raison d'une part, des incertitudes liées aux notions de « vulnérabilité » et de « situation de dépendance » contenu dans la loi de 2003 et d'autre part, de la place trop importante laissée à l'appréciation du juge¹¹¹⁶. D'autant plus que le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a recommandé aux autorités françaises de « renforcer la législation issue de la loi du 18 mars 2003 visant à incriminer et à réprimer toute situation d'esclavage, de travail forcé ou obligatoire » pour se conformer à l'obligation découlant de l'arrêt *Siliadin c/ France*¹¹¹⁷. La Cour constate dans l'arrêt *C.N. et V.* que « les modifications législatives qui sont intervenues en 2003 [...] ne sauraient donc infirmer le constat de la Cour à cet égard »¹¹¹⁸.

§ 2 : La protection procédurale de l'enfant victime de mauvais traitements

373 Vulnérabilité particulière. Lorsqu'un enfant est victime d'une infraction à la loi pénale, celui-ci est doublement vulnérable en raison de sa qualité de victime mais également en raison de son âge. C'est ainsi que la Cour européenne fait peser à la charge des Etats des garanties procédurales spécifiquement adaptées à l'enfant victime. Il s'agit premièrement d'aménager son droit d'accès au tribunal (A.). Deuxièmement, la Cour souligne que les Etats ont une obligation positive de procéder à des poursuites et enquêtes effectives en cas d'allégations de viols et violences sexuelles (B.). Troisièmement, les Etats doivent également aménager la participation de l'enfant victime à son procès (C.).

¹¹¹⁵ Voir notamment : J.-F. Flauss, « L'interdiction de l'esclavage domestique », *in* Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (février-août 2005), *AJDA* 2005, p. 1891 ; *JCP G*, 2005.II. 10142, obs. F. Sudre ; *Dr. pén.* 2013, n° 4, chron. 4, obs. E. Dreyer.

¹¹¹⁶ D. Roets, « L'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme une nouvelle fois violée par la France », préc.

¹¹¹⁷ Conseil de l'Europe, Strasbourg le 15 février 2006, CommDH (2006) 2, Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, sur le respect effectif des droits de l'homme en France, suite à sa visite du 5 au 21 septembre 2005, p. 99.

¹¹¹⁸ *C.N. et V. c/ France*, préc., § 107.

A. L'aménagement du droit d'accès au tribunal

374 Fondement. L'article 6 § 1 de la Convention garantit le droit à un procès équitable selon les termes : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations à caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Cet article ne proclame pas expressément un droit d'accès à un tribunal. Mais la Cour européenne, au nom de la prééminence du droit et en s'appuyant sur les « principes fondamentaux de droit universellement reconnus », estime dans l'arrêt *Golder c/ Royaume-Uni* du 21 février 1975¹¹¹⁹ que les garanties du procès équitable énumérées par l'article 6 § 1 impliquent qu'existe en amont d'autres garanties du procès équitable, un droit d'accès à un tribunal¹¹²⁰.

375 Exigences. Pour permettre aux enfants victimes des mauvais traitements d'exercer efficacement leur droit d'accès au tribunal, la Cour européenne fait peser à la charge des Etats l'obligation d'organiser la représentation de l'enfant victime (1°), de reconsidérer les règles concernant la prescription de l'action civile (2°) et d'assurer l'efficacité de l'action des enfants contre la négligence des services sociaux (3°).

1° L'organisation de la représentation de l'enfant victime

376 Personne privée de capacité pour agir. Selon la Cour européenne, pour assurer le droit d'accès au tribunal, le droit interne doit organiser la représentation de toute personne privée de capacité pour agir.

377 Lacune de la loi. La Cour a été confrontée à la question de la représentation de l'enfant en justice devant les instances nationales dans l'arrêt *X. et Y. c/ Pays-Bas* du 25 mars 1985¹¹²¹. En l'espèce, une jeune fille mineure de seize ans, handicapée mentale, avait été placée par son père dans un établissement spécialisé. Elle a été abusée sexuellement par le gendre de la directrice de cet établissement. Toutefois, à cause d'une lacune de la loi, le droit pénal néerlandais n'offrait pas la possibilité d'intenter une poursuite contre l'auteur d'une infraction sexuelle dans le cas d'espèce. En effet, la

¹¹¹⁹ *Golder c/ Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A, n° 18 ; *AFDI*, 1975, 330, note R. Pelloux.

¹¹²⁰ Voir *GACEDH* n° 27, p. 294.

¹¹²¹ *X. et Y. c/ Pays-Bas* du 25 mars 1985, série A, n° 91 : *AFDI*, 1986, p. 282 et 293, obs. V. Coussirat-Coustère ; *Cah. dr. eur.*, 1988, p. 462 et s., obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI*, 1986, p. 1082-1083, obs. P. Rolland.

filles était incapable de déposer une plainte par elle-même à cause de son handicap et la requête de son père agissant au nom de sa fille a été déboutée au motif qu'un mineur de plus de seize ans devait agir par lui-même. La loi néerlandaise à l'époque des faits permettait au représentant légal de porter plainte au nom de la victime si elle avait moins de seize ans ou se trouvait placée sous curatelle, une institution n'existant que pour des personnes majeures de vingt-et-un ans ou plus. Par conséquent, personne n'avait la qualité pour porter plainte en l'occurrence.

378 Condamnation. Le père de l'enfant a saisi la Cour européenne qui choisit de traiter l'affaire sur le seul fondement de l'aspect procédural de l'article 8 et seulement à l'égard de la fille mineure¹¹²². Celle-ci conclut à la violation de cet article et souligne l'obligation de l'Etat d'organiser la représentation des personnes privées de capacités pour agir. Selon la Cour, le respect du droit à la vie privée et familiale fait peser sur l'Etat, outre une obligation d'abstention, des obligations positives « inhérentes à un respect effectif de la vie familiale »¹¹²³ et que selon l'effet horizontal de la Convention, ces obligations positives « peuvent impliquer l'adoption des mesures visant le respect de la vie privée « jusque dans les relations des individus entre eux »¹¹²⁴.

379 Exigence de la protection relevant du droit pénal. La Cour rappelle tout d'abord le principe selon lequel le choix des mesures propres à garantir le respect de l'article 8 relève de la marge d'appréciation de l'Etat. Ainsi, il existe différentes manières d'assurer le respect de la vie privée dépendant de l'aspect de la vie privée qui se trouve en cause et le recours à la loi pénale n'est pas l'unique solution¹¹²⁵. La Cour estime ainsi qu'une protection relevant du droit civil pourrait en général être suffisante. Toutefois, s'agissant de la protection d'enfants mineurs contre des violences sexuelles, elle estime insuffisante une protection relevant du seul droit civil. Selon elle, il y va en l'espèce de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de la vie privée et par conséquent, une prévention efficace ne peut être assurée que par une législation criminelle¹¹²⁶. Elle constate donc que le droit pénal néerlandais comporte une lacune involontaire de caractère procédural rendant inefficace l'accès à un tribunal des requérants pour conclure à la violation de l'article 8 § 1 car l'Etat néerlandais a manqué

¹¹²² *X. et Y. c/ Pays-Bas*, préc. §§ 22 et 37.

¹¹²³ *Airey*, 9 octobre 1979, série A, n° 32, § 32 : *JDI* 1982, 187, chron. P. Rolland ; *AFDI* 1980, 323, chron. R. Pelloux ; *GACEDH* n° 2, p. 18.

¹¹²⁴ *X. et Y. c/ Pays-Bas*, préc., § 23.

¹¹²⁵ *Ibid.*, § 24.

¹¹²⁶ *Ibid.*, § 27.

de prendre les mesures nécessaires à une protection concrète et effective du droit de la victime¹¹²⁷. Le droit interne doit permettre un réel accès à un tribunal pour tout mineur, y compris à travers la représentation¹¹²⁸.

2° Le délai de prescription de l'action civile

380 Moment de la connaissance des faits. Dans l'arrêt *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni* du 22 octobre 1996¹¹²⁹, les requérantes avaient fait l'objet de sévices et violences sexuels lorsqu'elles étaient mineures. Elles ont intenté une action en réparation du préjudice psychologique que leur avaient causé les sévices sexuels subis dans l'enfance. Toutefois, les sévices sexuels subis, auraient perturbé leur perception et empêché de percevoir avant l'expiration du délai de prescription qu'ils étaient en fait, la cause des problèmes psychiques rencontrés. Devant la Cour européenne, elles invoquent, sur le plan procédural, que le délai de prescription des actions civiles de six ans institué par la loi interne de 1980, prenant cours à la date de leur majorité, les avait privés du droit d'accès à un tribunal, exigé par l'article 6 § 1 de la Convention¹¹³⁰.

381 Finalités des délais de prescription. Rappelant que le droit d'accès à un tribunal consacré par l'article 6 § 1 de la Convention n'est pas absolu¹¹³¹ et « appelle de par sa nature-même une réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace suivant les ressources de la communauté et les besoins des individus »¹¹³², la Cour européenne souligne d'abord que les délais de prescriptions dans les affaires d'atteinte à l'intégrité de la personne, sont un trait commun aux systèmes juridiques des Etats contractants. Ces délais ont plusieurs finalités importantes : ils permettent de garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, ils mettent les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives et ils empêchent l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus dans le passé, à

¹¹²⁷ *Ibid.*, § 30.

¹¹²⁸ *Ibid.*

¹¹²⁹ *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni* du 22 octobre 1996 : *JDI*, 1997, p. 249 ; *RTDH*, 1998n p. 781, obs. J. Sace.

¹¹³⁰ A l'époque des faits, l'article 2 de la *Limitation Act 1980* énonce qu'une action fondée sur la responsabilité civile ne pourra être intentée après l'expiration d'un délai de six ans à partir de la date à laquelle est survenue la cause de l'action. L'article 28 de la même loi dispose que si, à la date où un droit d'ester en justice soumis à un délai de prescription est acquis, la personne à qui ce droit appartient se trouve en état d'incapacité, l'action pourra être intentée à tout moment avant l'expiration d'une période de six ans à compter de la date de cessation de l'incapacité.

¹¹³¹ *Golder c/ Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A, n° 18 : *GACEDH* n° 27, *AFDI* 1975, 330, note R. Pelloux.

¹¹³² *Ashingdane c/ Royaume-Uni* du 28 mai 1985, série A, n° 93, § 57.

partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé¹¹³³.

382 Absence de consensus. Constatant l'absence d'homogénéité dans les Etats membres au niveau du délai de prescription, la Cour considère que le délai de prescription de six ans en droit anglais n'est pas exagérément court dans la mesure où des poursuites pénales peuvent être engagées à tout moment et déboucher, en cas de succès, sur une condamnation à réparation. Elle estime donc que le droit d'accès à un tribunal n'a pas été atteint dans sa substance même¹¹³⁴.

383 Problème. Tout en prononçant la non-violation de l'article 6 § 1 de la Convention, la Cour souligne l'importance des problèmes que causent les sévices sexuels aux enfants et de leurs effets psychologiques sur les victimes. Aux yeux de la Cour, les Etats devraient amender les règles sur la prescription des actions qu'ils appliquent afin d'édicter des dispositions spéciales pour ce groupe de plaignants. Elle précise cependant que la Cour n'a pas à substituer sa propre appréciation à celle des autorités internes quant à la meilleure politique à adopter à cet égard¹¹³⁵. Dans son opinion partiellement dissidente¹¹³⁶, le juge Foighel estime que l'article 6 § 1 a été violé. A l'instar de la Cour, il estime que le délai de prescription de six ans à partir de la majorité n'est pas déraisonnable d'autant plus que ce délai relève parfaitement de la marge d'appréciation de l'Etat. L'imposition d'un délai de prescription préfixe ne suffit donc pas en soi pour qu'il y ait violation. Toutefois selon lui, le problème ne réside pas dans le délai lui-même mais plutôt dans le point de départ de celui-ci et la finalité des règles de prescription : ménager un juste équilibre entre la prévention de plaintes tardives et la protection des intérêts des plaignants. Les règles de prescriptions n'avaient pas de sens dès lors que la victime n'avait même pas conscience qu'elle avait un motif pour agir. Dans de nombreux pays européens, le délai de prescription commence à courir seulement à partir du moment où les victimes découvrent ou auraient dû découvrir les faits matériels pouvant fonder une action¹¹³⁷.

¹¹³³ *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni*, préc. § 51.

¹¹³⁴ *Ibid.*, §§ 52-54.

¹¹³⁵ *Ibid.*, § 56.

¹¹³⁶ L'opinion partiellement dissidente attachée à l'arrêt *Stubbings* de M. le juge Foighel, §§ 5 à 11.

¹¹³⁷ *Ibid.*

3° La possibilité d'agir contre la négligence des services sociaux

384 Action en responsabilité. Lorsque les enfants ont subi des mauvais traitements administrés par des particuliers en raison de la négligence des services sociaux ne pouvant pas les protéger, ils doivent pouvoir agir en responsabilité contre ces services. C'est ainsi qu'ils demandent à la Cour européenne de constater la violation de la Convention à leur égard en raison de l'impossibilité d'agir contre les services sociaux. Dans les arrêts *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001¹¹³⁸ et *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* du 10 octobre 2002¹¹³⁹, les enfants ont invoqué la violation de l'article 6 § 1 de la Convention devant la Cour européenne mais la Cour constate l'absence de violation de cet article (a.). En revanche, dans les arrêts *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* et *E. et autres c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 2002¹¹⁴⁰, leurs griefs fondés sur l'article 13 de la Convention a été entendu par la Cour, constituant ainsi un fondement d'action plus efficace contre la négligence des services sociaux (b.).

a. L'absence de violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de l'impossibilité d'agir contre les services sociaux

385 Absence de droit absolu. Le droit d'accès à un tribunal consacré par l'article 6 § 1 de la Convention¹¹⁴¹ n'est pas absolu¹¹⁴². La Cour européenne admet que ce droit « appelle de par sa nature-même une réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace suivant les ressources de la communauté et les besoins des individus »¹¹⁴³. Par conséquent, il peut faire l'objet des « limitations implicitement admises » de la part des Etats, sous réserve que ces limitations « ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même » et qu'elles « ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé »¹¹⁴⁴. C'est ainsi que la Cour contrôle ces limitations.

¹¹³⁸ *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001, req. n° 29392/95 : *JCP G*, 2001, I, 342, n° 3, obs. F. Sudre.

¹¹³⁹ *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* du 10 octobre 2002, req. n° 38719/97 : *RTDH*, 2003, 1355, obs. A. Gouttenoire.

¹¹⁴⁰ *E. et autres c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 2002, req. n° 33218/96 : *RTDH*, 2003, 1355, obs. A. Gouttenoire.

¹¹⁴¹ *GACEDH*, n° 27.

¹¹⁴² *Golder c/ Royaume-Uni*, préc.

¹¹⁴³ *Ashingdane c/ Royaume-Uni*, préc., § 57.

¹¹⁴⁴ *Ashingdane c/ Royaume-Uni*, préc., § 57 ; *Philis c/ Grèce* du 27 août 1991, série A, n° 209, § 59.

386 Problème. Dans l'affaire *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001¹¹⁴⁵, les enfants ont subi de mauvais traitements en raison de la négligence et l'abus d'affectif de la part de leurs parents alors que la famille était tout le temps en contact avec les services sociaux. *L'Official solicitor*, agissant pour les enfants requérants, avait engagé une action en réparation pour négligence contre l'autorité locale, alléguant que celle-ci ne s'était pas suffisamment préoccupée du bien-être des enfants et n'avait pris aucune mesure effective pour les protéger. Toutefois, les demandes des requérants ont été rayées du rôle au motif qu'eu égard aux arguments d'ordre public, les autorités locales ne pouvaient être tenues responsables pour négligence dans l'accomplissement de leurs obligations légales en matière de protection de l'enfance. Dans l'arrêt *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* du 10 octobre 2002¹¹⁴⁶ concernant les abus sexuels des enfants par leur beau-père, les requérants ont également tenté d'engager une procédure à l'encontre de l'autorité locale concernée mais leur demande a également été rayée du rôle pour le même motif. Dans ces deux arrêts, les requérants invoquaient devant la Cour européenne la mise en jeu d'une immunité des services sociaux, ayant pour effet de les priver de l'accès à un tribunal pour engager une action en réparation pour négligence contre ces autorités locales. Il s'agit plus précisément de « la règle d'exonération » édictée par la Chambre des lords selon laquelle aucune action pour négligence ou manquement à une obligation légale, ne peut être engagée à l'encontre de l'autorité locale dans le cadre de l'accomplissement de ses devoirs en matière de protection de l'enfance au sens de la loi de 1989 sur les enfants (*Children Act 1989*)¹¹⁴⁷.

387 Applicabilité de l'article 6 § 1. La Cour admet l'applicabilité de l'article 6 § 1 à l'action en négligence intentée à l'encontre des services sociaux, dans les arrêts *Z. et autres*¹¹⁴⁸ et *D.P. et J.C.*¹¹⁴⁹. Ainsi, elle considère qu'il y a dès le début de la procédure, une contestation réelle et sérieuse sur l'existence du droit que les requérants affirment tirer du régime de la responsabilité pour négligence, et que les enfants peuvent prétendre, au moins de manière défendable, avoir un droit reconnu en droit interne.

388 Absence de violation. Toutefois, elle constate l'absence de violation de cet article dans les cas d'espèce. En admettant la lacune existante en droit anglais ayant

¹¹⁴⁵ *Z. et autres c/ Royaume-Uni*, préc.

¹¹⁴⁶ *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni*, préc.

¹¹⁴⁷ L'affaire de la Chambre des lords est connue sous la référence *X. and Others v. Bedfordshire County Council*

¹¹⁴⁸ *Z. et autres c/ Royaume-Uni*, préc., §§ 89 à 90.

¹¹⁴⁹ *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni*, préc., § 125.

pour conséquence que ni eux ni aucun enfant ayant des griefs analogue aux leurs, ne peuvent intenter une action contre l'autorité locale en réparation pour négligence, la Cour note qu'il ne s'agit pas ici d'obstacle procédural ou de la mise en jeu d'une immunité ayant pour effet de restreindre l'accès à un tribunal mais seulement un refus d'étendre le domaine de la responsabilité pour négligence. Autrement dit, il n'y a pas privation d'un droit de recours mais aménagement du régime de la responsabilité¹¹⁵⁰. La Cour précise dans l'arrêt *Z. et autres* que la radiation du rôle de l'affaire résulte de l'application par les juridictions internes des principes du droit matériel, et il n'appartient pas à la Cour de statuer sur le contenu à donner au droit interne. Selon elle, pour que l'article 6 entre en jeu, il ne suffit pas que l'existence en droit interne d'un motif d'agir puisse passer pour avoir le même effet qu'une immunité, en ce sens qu'elle empêche l'intéressé de réclamer en justice la réparation pour une catégorie donnée de préjudices¹¹⁵¹. Quant à l'arrêt *D.P. et J.C.*, la Cour estime que la cause des requérants a été entendue par le tribunal dans le cadre d'une procédure satisfaisant les exigences du texte¹¹⁵² pour conclure à la non-violation de l'article 6 § 1.

389 Distinction. Elle admet tout de même que la lacune de la loi décelée « est de nature à soulever une question sur le terrain de la Convention mais il s'agit là d'une lacune du droit interne ne permettant pas d'obtenir le redressement des violations commises donc un point à examiner sous l'angle de l'article 13 de la Convention »¹¹⁵³. La Cour fait donc une distinction nette entre le domaine d'application de l'article 6 et celui de l'article 13 : le premier exige une possibilité d'agir devant les juridictions nationales sur le fondement d'un droit substantiel interne alors que le second se fonde sur un droit protégé par la Convention¹¹⁵⁴.

b. L'action plus efficace sur le fondement de l'article 13 de la Convention

390 Droit à un recours effectif. L'article 13 de la Convention dispose que « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ».

¹¹⁵⁰ A. Gouttenoire, « Le droit de l'enfant d'être protégé contre les mauvais traitements », *RTDH*, 2003, 1355.

¹¹⁵¹ *Z. et autres c/ Royaume-Uni*, préc., § 98.

¹¹⁵² *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni*, préc., § 129.

¹¹⁵³ *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni*, préc., § 129 ; *Z. et autres c/ Royaume-Uni*, préc., § 102.

¹¹⁵⁴ A. Gouttenoire, « Le droit de l'enfant d'être protégé contre les mauvais traitements », préc.

391 Grief défendable. Pour que l'article 13 de la Convention soit applicable, une allégation de violation d'un autre article est nécessaire¹¹⁵⁵ et cette allégation doit être « défendable » au regard de la Convention¹¹⁵⁶. N'ayant pas donné de définition d'un « grief défendable », la Cour reste pragmatique dans son interprétation¹¹⁵⁷. C'est cette condition de « grief défendable » que la Cour utilise pour accepter les griefs des enfants fondés sur l'article 13. Dans l'arrêt *E. et autres c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 2002¹¹⁵⁸ concernant les enfants victimes des abus sexuels de la part du compagnon de leur mère, elle considère que le gouvernement a manqué à l'obligation issue de l'article 3 de la Convention, de prendre des mesures raisonnables afin de protéger les requérants et par conséquent, les griefs des requérants sont, dans cette perspective, « défendables » au sens de l'article 13. En revanche, dans l'arrêt *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* concernant également l'abus sexuel sur les enfants par le compagnon de la mère¹¹⁵⁹, la Cour, sans avoir relevé la violation de l'article 3 ou de l'article 8 de la Convention pour le manquement des autorités à une obligation positive de protéger les requérants contre les abus de leur beau-père, estime que ces requêtes n'ont pas été déclarées irrecevables comme manifestement mal fondées. Par conséquent, elles tombent sous le coup de la protection de l'article 13.

392 Exigences. Pour vérifier si l'exigence de l'effectivité de recours a été respectée, la Cour rappelle que la portée du droit à un recours effectif varie en fonction de la nature du grief du requérant¹¹⁶⁰. L'exigence d'effectivité est maximum lorsqu'un droit intangible est en jeu alors qu'elle peut être limitée s'il s'agit d'un droit conditionnel¹¹⁶¹. Selon elle, la marge d'appréciation de l'Etat est restreinte lorsque l'allégation de la violation de l'article 3 est en cause. Ainsi, en cas d'allégation défendable d'actes contraires à l'article 3 subis aux mains des particuliers, l'article 13 peut ne pas toujours impliquer pour les autorités, l'obligation d'assumer la responsabilité d'enquêter sur les allégations. En revanche, la victime ou sa famille doit

¹¹⁵⁵ *Klass c/ Allemagne* du 6 septembre 1978, série A, n° 82 : *JDI*, 1980, 463, obs. p. Rolland ; *Boyle et Rice c/ Royaume-Uni* du 27 avril 1988, série A, n° 131, §§ 52-55

¹¹⁵⁶ Avant l'arrêt *Klass*, la Cour utilisait le terme : il faut que les griefs soient « plausibles » (*Silver et al. c/ Royaume-Uni* du 25 mars 1983, § 113).

¹¹⁵⁷ *Plattform « Ärzte für das Leben »* du 21 juin 1988, série A, n° 139, §§ 25-27, *JDI*, 1989, p. 824, obs. P. Tavernier.

¹¹⁵⁸ *E. et autres c/ Royaume-Uni*, préc., § 111.

¹¹⁵⁹ *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni*, préc., §§ 136 à 137.

¹¹⁶⁰ *Kudla c/ Pologne*, préc., § 157.

¹¹⁶¹ *Aksoy c/ Turquie* du 18 décembre 1996, § 98 : *JCP G* 1997, I, 4000, n° 44, obs. F. Sudre ; *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001.

disposer d'un mécanisme permettant d'établir, le cas échéant, la responsabilité d'agents ou organes de l'Etat pour des actes ou omissions emportant violation des droits consacrés par la Convention¹¹⁶². Par ailleurs, lorsque la violation concerne les articles 2 ou 3, qui comptent parmi les dispositions les plus fondamentales de la Convention, une indemnisation du dommage moral découlant de la violation doit en principe être possible et faire partie du régime de réparation mis en place¹¹⁶³. Pourtant, la Cour ne répond pas à la question de savoir si la procédure juridictionnelle est nécessaire¹¹⁶⁴.

393 *Condamnation.* Dans l'arrêt *D.P. et J.C.*, la Cour constate que ni l'exigence d'une indemnisation, ni l'exigence d'un mécanisme permettant d'établir la responsabilité d'agent de l'Etat n'ont été satisfaites, et que par conséquent, les requérants ne se sont pas vus offrir un recours effectif¹¹⁶⁵. L'obligation positive d'avoir un mécanisme propre à établir la responsabilité des services sociaux, permet ainsi à la Cour de sanctionner « la règle d'exonération »¹¹⁶⁶ existant en Angleterre à l'époque des faits. Dans l'arrêt *Z. et autres*, le gouvernement britannique admet l'existence d'une violation grave de l'un des droits les plus importants consacrés par la Convention. Il souligne que depuis octobre 2000, c'est-à-dire depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1998 sur les droits de l'homme (*Human Rights Act 1998*), toute victime peut attraire une autorité publique en justice pour violation d'un droit matériel, et les tribunaux ont le droit d'octroyer des dommages-intérêts¹¹⁶⁷. Dans l'affaire *E. et autres c/ Royaume-Uni*, la Cour estime que le recours en cause ne confère pas suffisamment de chances de succès à l'action intentée, même si elle constate par ailleurs une évolution du droit positif depuis cette date, notamment due à des décisions indiquant l'existence d'un devoir de vigilance des services sociaux. Elle considère que si l'action avait été intentée aujourd'hui, elle aurait eu plus de chance d'aboutir¹¹⁶⁸.

¹¹⁶² *Kaya c/ Turquie* du 19 février 1998.

¹¹⁶³ *Z. et autres c/ Royaume-Uni*, préc., § 102 ; *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni*, préc. § 135.

¹¹⁶⁴ *Z. et autres c/ Royaume-Uni*, préc., § 110.

¹¹⁶⁵ *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni*, préc., § 138.

¹¹⁶⁶ « La règle d'exonération » édictée par la Chambre des Lords est une règle selon laquelle aucune action pour négligence ou manquement à une obligation légale ne pouvait être engagée à l'encontre de l'autorité locale dans le cadre de l'accomplissement de ses devoirs en matière de protection de l'enfance au sens de la loi de 1989 sur les enfants (*Children Act 1989*). L'affaire de la Chambre des Lords est connue sous la référence *X. and Others v. Bedfordshire County Council*.

¹¹⁶⁷ *Z. et autres c/ Royaume-Uni*, préc., § 107.

¹¹⁶⁸ *E. et autres c/ Royaume-Uni*, préc., § 115.

B. L'obligation de procéder à des poursuites et enquêtes effectives en cas d'allégations de viols et violences sexuelles

394 Protection effective. La Cour souligne à plusieurs reprises que, par leur jeune âge et par le fait qu'ils se trouvent dans une situation de vulnérabilité, les enfants font partie des personnes vulnérables qui doivent bénéficier, sur le fondement de cet article, d'une protection effective¹¹⁶⁹. C'est pourquoi dans les affaires *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003¹¹⁷⁰ et *M. et C. c/ Roumanie* du 27 septembre 2011¹¹⁷¹, la Cour met à la charge de l'Etat une obligation positive de poursuivre et d'enquêter en cas d'allégation de viol et violence sexuelle. Sur le fondement des articles 3 et 8 combinés, la Cour européenne constate qu'« une dissuasion effective contre un acte aussi grave que le viol, qui met en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée, appelle des dispositions pénales efficaces ». Elle estime par conséquent que les Etats ont une obligation positive, inhérente à ces deux articles, d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol et de les appliquer en pratique au travers des enquêtes et poursuites effectives¹¹⁷².

395 Exigences. Sur le plan procédural, le principe posé par la Cour depuis l'arrêt *M.C. c/ Bulgarie* exige à la charge de l'Etat l'obligation, d'une part, d'engager des poursuites pénales effectives (1°) et d'autre part, de mener une enquête effective (2°) en cas d'allégation de viol et violence sexuelle.

1° L'obligation d'engager des poursuites pénales effectives

396 Exigence d'une protection pénale. Dans l'arrêt *M.C. c/ Bulgarie*, la Cour estime qu'« une protection effective contre le viol et les violences sexuelles, appelle des mesures pénales »¹¹⁷³. L'existence d'une action civile en réparation contre les agresseurs n'est donc pas suffisante pour répondre à l'obligation positive pesant sur l'Etat. Les juges de Strasbourg vont encore plus loin dans le souci de protéger les droits de l'enfant victime. Ainsi, en utilisant une interprétation consensuelle et évolutive, au

¹¹⁶⁹ *X. et Y. c/ Pays-Bas*, préc., § 23, 24 et 27 ; *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003, req. n° 39272/98 § 150 ; *JCP G* 2004-I-107, n° 5, obs. F. Sudre ; *RSC* 2004, p. 462, obs. Fl. Massias ; *RTDciv.* 2004, p. 364, obs. J.-P. Marguenaud ; *Yazgül Yılmaz c/ Turquie* du 1^{er} février 2011, req. n° 36369/06, § 42.

¹¹⁷⁰ *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003, req. n° 39272/98 : *RTD Civ.* 2004, n°2, p. 364, obs. J.-P. Marguenaud et J. Raynard ; *RDP* 2004, 803, obs. H. Surrel.

¹¹⁷¹ *M. et C. c/ Roumanie*, 27 septembre 2011, req. n° 29032/04.

¹¹⁷² *M.C. c/ Bulgarie*, préc., § 150.

¹¹⁷³ *Ibid.*, § 186.

vu de l'évolution de la société vers une égalité effective et le respect de l'autonomie sexuelle de chaque individu¹¹⁷⁴, elle dégage « une conception moderne » des éléments constitutifs de viol. D'après cette conception, les autorités internes ont une obligation d'engager des poursuites contre toutes les allégations de viol et d'agressions sexuelles commis sur un enfant et ce, même en cas d'absence de résistances de la part de la victime¹¹⁷⁵.

397 Nécessité de sanctionner les actes sexuels consensuels. En rappelant que les Etats jouissent incontestablement d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne les moyens de garantir une protection adéquate contre le viol, la Cour estime qu'elle doit tenir compte de l'évolution de la situation dans les Etats contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de faire jour quant aux normes à atteindre. Aux yeux de la Cour, on observe depuis quelques décennies en Europe et dans d'autres parties du monde une tendance nette et constante à l'abandon des définitions formalistes et des interprétations étroites de la loi en la matière et l'exigence selon laquelle la victime doit résister physiquement, n'a plus cours dans la législation des pays européens¹¹⁷⁶. La Cour relève également que les Etats membres du Conseil de l'Europe ont reconnu, par l'intermédiaire du Comité des Ministres¹¹⁷⁷, la nécessité de sanctionner les actes sexuels non consensuels, y compris « les cas dans lesquels la victime ne montre pas de signes de résistance ». Elle précise qu'en droit pénal international, il a été admis récemment que la force n'est pas un élément constitutif du viol et que le fait de profiter de circonstances coercitives pour accomplir des actes sexuels est également punissable. Elle cite également la jurisprudence du tribunal pénal pour l'Ex-Yougoslavie dans ce sens¹¹⁷⁸. La Cour européenne est donc convaincue que toute approche rigide de la répression des infractions à caractère sexuel, qui consisterait par exemple à exiger dans tous les cas la preuve qu'il y a eu résistance physique, risque d'aboutir à l'impunité des

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, § 164.

¹¹⁷⁵ *GACEDH* n° 14.

¹¹⁷⁶ *M.C. c/ Bulgarie*, préc., §§157 à 161.

¹¹⁷⁷ Selon la recommandation Rec(2002)5 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la protection des femmes contre la violence, le Comité des Ministres recommande aux Etats membres d'adopter et d'appliquer, de la façon qui correspond le mieux à la situation de chacun, une série de mesures destinées à lutter contre la violence exercée à l'égard des femmes. Le paragraphe 35 de l'annexe à la recommandation précise qu'en matière pénale les Etats membres devraient notamment : « – incriminer tout acte de caractère sexuel commis sur une personne non consentante, même si elle ne montre pas de signes de résistance ; (...) – incriminer tout abus d'autorité de la part de l'auteur, et en particulier lorsqu'il s'agit d'un adulte abusant de sa position vis-à-vis d'un enfant ».

¹¹⁷⁸ *M.C. c/ Bulgarie*, préc., § 163.

auteurs de certains types de viol et par conséquent, de compromettre la protection effective de l'autonomie sexuelle de l'individu. Conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les Etats membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention, commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique¹¹⁷⁹.

398 Condamnation. Appliquant ces principes au cas d'espèce, la Cour observe dans l'arrêt *M.C. c/ Bulgarie*, que le Code pénal bulgare ne pose nullement l'exigence d'une résistance physique de la part de la victime et donne du viol une définition ne s'écartant que sensiblement des formulations figurant dans la législation des autres Etats membres. Mais elle souligne le fait que le gouvernement n'a pas été en mesure de fournir des preuves réfutant nettement la thèse selon laquelle en Bulgarie, les poursuites pour viol sont déclenchées d'une manière restrictive [...]. Le fait que la grande majorité des arrêts publiés par la Cour suprême concernant des viols commis avec une violence considérable [...], si n'est pas déterminant, semble tout de même indiquer que la plupart des affaires dans lesquelles l'absence totale ou quasi-totale de force physique et de résistance étaient établies, n'ont pas débouché sur des poursuites. La Cour considère donc que l'allégation par la requérante d'une pratique restrictive, est fondée sur des arguments raisonnables et n'a pas été réfutée par le gouvernement¹¹⁸⁰.

399 Prise en compte de l'âge de la victime. La spécificité de la situation de jeune âge de la victime est bien prise en compte par la Cour dans son raisonnement, notamment à travers la citation de l'avis du tiers intervenant Interights¹¹⁸¹. Selon le tiers intervenant, la manière dont le viol est vécu par la victime est mieux comprise aujourd'hui et souvent, les victimes de violences sexuelles, en particulier les jeunes filles mineures, n'opposent pas de résistance physique à leur agresseur pour un certain nombre de raisons d'ordre psychologique ou par peur de la violence de l'auteur de l'acte¹¹⁸². Par conséquent, la Cour exige de la part des autorités compétentes, de prendre en compte la vulnérabilité particulière des enfants se trouvant dans cette situation délicate. C'est pourquoi elle reproche aux autorités dans l'arrêt *M.C. c/ Bulgarie*,

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, § 166.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, §§ 172 à 174.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, §§ 126 à 128.

¹¹⁸² *Ibid.*, §164.

d'avoir accordé peu de poids à la vulnérabilité particulière des adolescents et aux facteurs psychologiques propres aux cas de viol de mineurs.

400 Examens médicaux et gynécologiques forcés. Le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *M.C. c/ Bulgarie* peut se rapprocher de celui de l'arrêt *Yazgül Yilmaz c/ Turquie*¹¹⁸³ concernant une jeune fille de seize ans qui soutient qu'elle a subi les examens médicaux et gynécologiques forcés lorsqu'elle était gardée à vue. Sa requête ne présente pas d'allégation de torture ou de violences sexuelles, elle ne consiste qu'à dénoncer la manière dont ces examens se sont déroulés. Sur le plan procédural, la requérante dénonce l'absence d'engagement de poursuites pénales contre les médecins qui l'ont examinée pendant sa garde à vue¹¹⁸⁴. La Cour constate que l'enquête pénale a été clôturée par un non-lieu, à la suite du rapport d'un inspecteur considérant que deux ans après les faits, la faute disciplinaire était prescrite. À la suite de la plainte déposée par la requérante, le procureur de la République a demandé à la sous-préfecture, l'autorisation d'ouvrir une enquête pénale. Toutefois, conformément à la conclusion de l'instructeur selon laquelle les médecins devaient bénéficier de la prescription, la sous-préfecture a décidé de ne pas autoriser l'ouverture de l'enquête pénale à l'encontre des médecins mis en cause. Au final, aucune enquête pénale n'a pu être conduite¹¹⁸⁵. Ainsi, la Cour estime que dans le cas d'espèce, les carences de l'enquête qui ont eu pour conséquences, d'accorder une quasi-impunité aux auteurs présumés des actes incriminés, ont rendu la voie pénale inefficace. Cela rend les recours civils également inopérants pour permettre à la requérante d'obtenir réparation¹¹⁸⁶

2° L'obligation de mener une enquête effective

401 Exigence. En plus d'une obligation de mener une poursuite pénale sur toutes les allégations de viol et violence sexuelle sur un mineur, la Cour fait peser à la charge de l'Etat l'obligation de mener une enquête effective¹¹⁸⁷. La Cour exige qu'au cœur de la poursuite, une enquête doit porter sur la recherche de l'absence ou non de consentement de la victime.

¹¹⁸³ *Yazgül Yilmaz c/ Turquie* du 1^{er} février 2011, req. n° 36369/06.

¹¹⁸⁴ L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2011, n° 35, p. 2000.

¹¹⁸⁵ *Yazgül Yilmaz c/ Turquie*, préc., §§ 61 à 63.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, § 64.

¹¹⁸⁷ J.-F. Akandji-Kombe, « L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH », in *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, C.-A. Chassin (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 123.

402 Absence de preuve « directe » du viol. Dans l'arrêt *M.C. c/ Bulgarie*, la Cour estime que si, en pratique, il peut parfois se révéler difficile de prouver l'absence de consentement sans preuves « directes » de viol, comme des traces de violence ou des témoins directs, les autorités n'en ont pas moins l'obligation d'examiner tous les faits et de statuer après s'être livrées à une appréciation de l'ensemble des circonstances. C'est pourquoi elle reproche aux autorités bulgares de ne pas avoir enquêté suffisamment sur les circonstances de l'affaire et d'avoir accordé trop d'importance à la preuve « directe » du viol. Elle estime que leur démarche a été restrictive dans le sens où elles ont pratiquement élevé la « résistance » au rang d'élément constitutif de l'infraction¹¹⁸⁸. C'est le souci d'une protection particulière de la femme et surtout des mineures qui amène la Cour à être plus sévère dans l'arrêt *M.C.*¹¹⁸⁹ mais cette solution n'est pas à adopter sans réserve. Ainsi, le Professeur Massais, estime que la Cour se livre ici à une exercice difficile : confrontée en quelque sorte à « l'envers » de la présomption d'innocence, c'est en restreignant celle-ci, au détriment des personnes suspectées de viol, qu'elle prétend assurer une protection effective aux victimes, en vertu de sa « jurisprudence évolutive ». Selon l'auteur, la tendance à un recul de la sécurité juridique doit être surveillée : le fait que la jurisprudence évolutive de la Cour puisse jouer au détriment des garanties conventionnelles, en abaissant les standards de protection au profit d'impératifs dictés par les politiques sécuritaires des Etats membres, serait plus discutable¹¹⁹⁰.

403 Appréciation des versions des faits. La Cour souligne que, pour savoir si l'acte était ou non consensuel, il est également important d'interroger des témoins et d'apprécier la crédibilité des déclarations de chaque partie car des faits exposés sont souvent complètement différents voire contradictoires. C'est ce qu'elle reproche à la Bulgarie dans l'arrêt *M.C.*¹¹⁹¹. La Cour observe ainsi l'absence de confrontation des témoins : la requérante ou son représentant n'avaient pas eu l'occasion d'interroger les agresseurs présumés que l'intéressée accusait de faux témoignage. Les procureurs ne se sont pas du tout interrogés sur le point de savoir si la version des faits exposée par plusieurs témoins, était crédible alors que certaines de leurs déclarations étaient sujettes

¹¹⁸⁸ *M.C. c/ Bulgarie*, préc., § 181-182.

¹¹⁸⁹ J.-P. Marguenaud, « Quand la Cour de Strasbourg poursuit sa mutation en Cour européenne des droits de la femme : question du viol », *RTD civ.* 2004, p. 364.

¹¹⁹⁰ *RSC* 2004, p. 462, obs. Fl. Massias, « Perquisitions : Découverte d'indices étrangers à l'enquête en cours », *RSC* 2004, p. 426.

¹¹⁹¹ *M.C. c/ Bulgarie*, préc.

à caution. Elle parvient à la même conclusion dans l'arrêt *I.G. c/ République de Moldavie* du 15 mai 2012¹¹⁹². Dans cet arrêt, l'auteur présumé du viol a été acquitté sans que des mesures d'investigation importantes soient conduites. Aux yeux de la Cour, les autorités auraient dû par exemple, interroger des témoins et demander l'avis d'un psychologue spécialisé. Dans l'affaire *M. et C. c/ Roumanie*¹¹⁹³ concernant l'allégation des violences sexuelles infligées à un enfant de trois ans par son père, la Cour européenne observe que les autorités roumaines ont bien mené l'enquête malgré la difficulté de la tâche où les versions des faits étaient contradictoires et les preuves directes rares. Néanmoins, la Cour estime que la crédibilité des versions des faits des parties et des témoins n'a pas été suffisamment vérifiée. La Cour est arrivée à la même conclusion dans l'affaire *M. et autres c/ Italie et Bulgarie* du 31 juillet 2012¹¹⁹⁴, la Cour estime que les autorités italiennes auraient dû conduire une enquête effective sur les sévices et viols multiples dont aurait été victime une adolescente bulgare en Italie car les deux versions des faits étaient complètement différentes.

404 Rapidité de l'enquête. Les viols et violences sexuelles commis sur un enfant sont des actes graves, et c'est pourquoi la Cour est très exigeante sur la manière dont l'enquête se déroule. Selon elle, l'enquête doit être menée dans le plus bref délai. Ainsi, elle condamne la Roumanie dans l'arrêt *C.A.S et C.S. c/ Roumanie* du 20 février 2002 au motif que l'enquête n'a été ni prompte ni effective¹¹⁹⁵. L'affaire concerne une allégation d'agressions sexuelles sur un garçon de sept ans mais les autorités avaient attendu trois semaines avant d'ordonner un examen médical de la victime et deux mois avant d'interroger le principal suspect. L'enquête a duré cinq ans alors que les faits d'espèce étaient très graves : un garçon de sept ans agressé sexuellement, plusieurs fois par semaines, par un inconnu qui le menaçait de mort. Dans l'arrêt *R.I.P. et D.L.P. c/ Roumanie* du 10 mai 2012¹¹⁹⁶, la Cour trouve que l'enquête n'était pas effective à cause de son délai alors qu'il existait des preuves claires. Il est question dans cet arrêt, d'une allégation du viol des deux enfants âgés de sept et trois ans par leur grand-père paternel. La Cour observe que l'enquête était encore pendante plus de sept ans après la survenance des faits incriminés. Cette durée s'avère excessivement longue, compte tenu

¹¹⁹² *I.G. c/ République de Moldavie* du 15 mai 2012, req. n° 53519/07, § 43.

¹¹⁹³ *M. et C. c/ Roumanie*, 27 septembre 2011, req. n° 29032/04.

¹¹⁹⁴ *M. et autres c/ Italie et Bulgarie*, 31 juillet 2012, req. n° 40020/03, § 104.

¹¹⁹⁵ *C.A.S. et C.S. c/ Roumanie* du 20 février 2012, req. n° 26692/05, § 73.

¹¹⁹⁶ *R.I.P. et D.L.P. c/ Roumanie* du 10 mai 2012, req. n° 27782/10, §§ 60 à 64.

du fait qu'il s'agit d'une affaire de viol allégué impliquant des mineurs et dans laquelle, les preuves scientifiques claires, concluantes et non-contredites par d'autres preuves que les seules déclarations de l'accusé, ont été établies dès les premières étapes de l'enquête.

405 Examen médical. Un autre aspect important de l'enquête effective que la Cour a eu l'occasion de souligner dans l'arrêt *M. et autres c/ Italie et Bulgarie*, est l'examen médical. Selon la Cour, cet examen est obligatoire en cas de l'allégation de viol et surtout lorsque la victime est mineure¹¹⁹⁷. En l'espèce, l'adolescente n'a pas été soumise à un examen médical alors qu'elle alléguait avoir fait l'objet de sévices et viols multiples, les autorités compétentes ayant estimé qu'elle était mariée à l'une des personnes de la villa. Cette raison n'est pas suffisante pour la Cour européenne qui estime que les autorités étaient tenues de prendre des mesures pour la protéger d'éventuels sévices et ceci même, de la part de son époux ou compagnon. Dans cette affaire, la Cour européenne reproche également aux Etats d'avoir clôturé l'enquête¹¹⁹⁸. Selon la Cour, les autorités devraient effectuer une recherche plus poussée au lieu d'enquêter seulement sur les faits allégués. La Cour ne peut pas exclure que les circonstances de l'espèce, tel que rapportées par le premier requérant aux autorités italiennes, pourraient faire penser à la traite des êtres humains.

C. L'aménagement de la participation de l'enfant victime à son procès

406 Problème délicat. Le problème de la participation de l'enfant victime à son procès est un problème délicat, notamment lorsque celui-ci est victime des infractions à caractère sexuel car la confrontation à l'auteur présumé pourrait faire revivre à l'enfant une expérience traumatisante. En revanche, il faut également respecter le droit à un procès équitable de l'accusé. Celui-ci plaide souvent le non-respect de son droit d'interroger des témoins prévu à l'article 6 § 3 d) de la Convention en raison de l'impossibilité d'obtenir la comparution de l'enfant victime devant le tribunal. La Cour européenne doit donc concilier la protection des enfants victimes et le respect du droit à la défense des auteurs présumés de l'infraction. Si d'après la réponse de la Cour, il n'existe pas de droit absolu d'obtenir la comparution de l'enfant victime devant le tribunal (1°), il est obligatoire d'accorder à l'accusé une occasion de contester le témoignage de l'enfant (2°).

¹¹⁹⁷ *M. et autres c/ Italie et Bulgarie*, préc., § 105.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, § 106.

1° L'absence de droit absolu d'obtenir la comparution de l'enfant victime devant le tribunal

407 Droit d'interroger des témoins. Le droit d'interroger des témoins¹¹⁹⁹ est consacré par l'article 6 § 3 d) de la Convention selon lequel tout accusé a droit notamment d' [...] interroger ou faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge.

408 Absence d'obligation de comparaître. Les règles régissant la comparution de l'enfant victime devant le tribunal s'aligne sur les principes gouvernant le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge. Selon ces principes, la notion de « témoin » est autonome, se définissant non par rapport à la législation de l'Etat en cause, mais par rapport à la Convention. Cette notion s'entend de toute personne dont les dires sont portés à la connaissance des juges et dont ces derniers tiennent compte pour fonder la condamnation¹²⁰⁰ et le fait que la personne ne compareaisse pas en audience publique ne lui enlève pas sa qualité de témoin¹²⁰¹. Selon une jurisprudence constante de la Cour, la recevabilité des preuves relève des règles du droit interne et il revient en principe aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elles. Par conséquent, « il incombe au juge national de décider de la nécessité ou de l'opportunité de citer un témoin »¹²⁰². La tâche de la Cour européenne ne consiste pas à se prononcer si les déclarations en cause ont été correctement admises et interprétées, mais à rechercher, sur le fondement de l'article 6 § 3 d) combiné avec l'article 6 § 1, si la procédure dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuves, revêt un caractère équitable¹²⁰³. En principe, les éléments de preuves, dont les témoignages font partie, doivent être produits en présence de l'accusé, en audience

¹¹⁹⁹ *GACEDH*, n° 38.

¹²⁰⁰ *Bönisch c/ Autriche* du 6 mai 1985.

¹²⁰¹ *Windisch c/ Autriche* du 27 septembre 1990, § 23 ; *Delta c/ France* du 19 décembre 1990, § 34 : *Rev. sc. crim.*, 1990, 853, obs. L.-E. Pettiti ; *RTDH* 1992, 51, note J. Salce ; *Lüdi c/ Suisse* du 15 juin 1992, § 44 : *JCP G* 1993, I, 3654, obs. F. Sudre.

¹²⁰² *Bricmont c/ Belgique*, du 7 juillet 1989, série A, n° 158, § 89.

¹²⁰³ *Van Mechelen c/ Pays-Bas* du 23 avril 1997, Rec. 1997-III, § 50 : *D.* 1997, Somm. P. 359, *D.* 1998, Somm. P. 174, obs. J. Pradel.

publique et en vue d'un débat contradictoire¹²⁰⁴. Ce qui ne veut pas dire que l'enfant victime doit comparaître devant le tribunal et que son audition doit être publique.

409 Refus non motivé. Cependant, il arrive que la Cour reproche aux autorités internes compétentes d'avoir refusé la comparution de l'enfant, notamment lorsqu'elles n'ont pas suffisamment motivé leur refus. Ainsi, dans l'arrêt *Bocos-Cuesta c/ Pays-Bas* du 10 novembre 2005¹²⁰⁵, le requérant, reconnu coupable d'abus sexuel et d'actes indécents sur quatre enfants âgés de six à onze ans, a demandé la comparution des enfants aux tribunaux mais sa demande a été refusée. En l'espèce, les juridictions internes estimaient que l'intérêt des enfants l'emportait sur celui de l'accusé : ces enfants encore très jeunes, ne devaient pas être obligés de revivre une expérience très traumatisante. Mais la Cour européenne ne trouve aucune indication dans le dossier selon laquelle le refus était fondé sur une preuve concrète comme par exemple, un avis d'expert. C'est pourquoi elle estime que l'argument avancé par les juridictions internes pour refuser de faire comparaître les victimes comme témoins, ne repose pas sur des éléments suffisants et qu'il est spéculatif dans une certaine mesure. La Cour arrive à la même conclusion dans l'arrêt *P.S. c Allemagne* du 20 décembre 2001¹²⁰⁶ concernant une allégation d'abus sexuel sur une fille de huit ans. L'enfant et sa mère ont été interrogés au poste de police local : c'est la seule déclaration de l'enfant entendue par la justice. La mère a par la suite, refusé que sa fille soit de nouveau entendue par le tribunal expliquant que son enfant avait entre-temps, refoulé ses souvenirs de l'événement et pourrait sérieusement souffrir si ces derniers lui étaient rappelés. Le tribunal a alors décidé de ne pas entendre l'enfant afin de préserver son développement personnel. La Cour conclut à la violation de l'article 6 § 3 de la Convention du fait que la déclaration de l'enfant constitue pratiquement le seul élément de preuve sur lequel les juridictions internes ont fondé leur verdict de culpabilité et sans que l'accusé puisse l'interroger ou le faire interroger.

410 Exception. La Cour admet une exception selon laquelle « il n'en résulte pourtant pas que la déclaration d'un témoin doive toujours se faire dans le prétoire et en public pour pouvoir servir de preuve : utiliser de la sorte des dispositions remontant à la

¹²⁰⁴ *Barberá, Messegué et Jabardo c/ Espagne* du 6 décembre 1988, série A, n° 146, § 78 ; *Kostovski c/ Pays-Bas* du 20 novembre 1989, série A, n° 166 ; *Rev. sc. crim.*, 1990, 388, obs. L.E. Pettiti ; *AFDI* 1991, 602, obs. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1990, 738, obs. P. Rolland ; *RTDH* 1990, 267, obs. J. Callewaert ; *Dr. pénal* 1990, comm., 143, obs. A. Maron.

¹²⁰⁵ *Bocos-Cuesta c/ Pays-Bas* du 10 novembre 2005, req. n° 54789/00, § 72.

¹²⁰⁶ *P.S. c/ Allemagne*, du 20 décembre 2001, req. n° 33900/96, §§ 27 et 28.

phase de l'instruction préparatoire ne se heurte pas en soi aux § 3 d) de l'article 6, sous réserve du respect des droits de la défense »¹²⁰⁷. La Cour observe que la procédure pénale portant sur des infractions à caractère sexuel, est souvent vécu comme une épreuve par la victime, en particulier lorsque celle-ci est confrontée contre son gré à l'accusé. Ces aspects prennent d'autant plus de relief dans une affaire impliquant un mineur. Pour apprécier si un accusé a bénéficié ou non d'un procès équitable au cours d'une telle procédure, il faut tenir compte du droit de la victime présumée au respect de sa vie privée. Par conséquent, la Cour admet dans le cadre de procédures pénales se rapportant à des violences sexuelles, que certaines mesures soient prises aux fins de protéger la victime, pourvu que ces mesures puissent être conciliées avec un exercice adéquat et effectif des droits de la défense¹²⁰⁸.

2° L'obligation d'accorder à l'accusé une occasion de contester le témoignage de l'enfant

411 Exigence. Les autorités judiciaires peuvent être appelées à prendre des mesures qui compensent les obstacles auxquels se heurte la défense¹²⁰⁹. La Cour européenne précise qu' « ils commandent d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard »¹²¹⁰.

412 Condamnation. L'accusé doit ainsi avoir une occasion adéquate de contester le témoignage de l'enfant. Ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt *W.S. c/ Pologne* du 19 juin 2007¹²¹¹ concernant la procédure dirigée contre un père pour violences sexuelles sur sa fille. Âgée de deux à quatre ans au moment des faits, l'enfant n'a été interrogée à aucun stade, ni par la police, ni par le procureur et ni par la défense. Le seul élément d'une importance décisive sur lequel les juridictions ont fondé la condamnation de l'accusé, était l'avis d'un psychologue qui a eu contact avec l'enfant. La Cour note qu'elle est pleinement consciente de l'existence des difficultés particulières liées au jeune âge de la victime et des efforts déployés par les autorités afin de déterminer si

¹²⁰⁷ *Kostovski c/ Pays-Bas*, préc. § 41.

¹²⁰⁸ *Baegen c/ Pays-Bas* du 27 octobre 1995, série A, n° 327-B, avis de la Commission, p. 44, § 77 ; *W.S. c/ Pologne* du 19 juin 2007, req. n° 21508/02, § 57 ; *S.N. c/ Suède* du 2 juillet 2002, req. n° 34209/96, § 47.

¹²⁰⁹ *Doorson c/ Pays-Bas* du 26 mars 1996, § 72 ; *P.S. c/ Allemagne*, du 20 décembre 2001, req. n° 33900/96, § 23.

¹²¹⁰ *Van Mechelin c/ Pays-Bas*, 23 avril 1997, Rec. 1997-III, § 51 ; *D.* 1997, Somm. P. 359, *D.* 1998, Somm. P. 174, obs. J. Pradel ; *Lüdi c/ Suisse*, 15 juin 1992, série A, n° 238, § 49 ; *Saïdi c/ France* du 20 septembre 1993, série A, n° 261-C, § 43.

¹²¹¹ *W.S. c/ Pologne* du 19 juin 2007, req. n° 21508/02, § 59.

l'interrogatoire aurait été préjudiciable au développement de l'enfant. Mais elle relève qu'il n'a pas été démontré que les autorités ont envisagé ou tenté, que ce soit au stade de l'enquête ou plus tard, devant le tribunal, de vérifier la crédibilité de la victime d'une manière moins envahissante que les questions directes. Selon la Cour européenne, cela aurait pu être fait par des méthodes plus sophistiquées, comme par exemple, un entretien en présence d'un psychologue et, éventuellement, de sa mère, avec questions posées par écrit par la défense, ou dans un studio qui aurait permis au requérant ou à son avocat d'être présent indirectement à l'audition, par l'intermédiaire d'un contact vidéo ou un miroir sans tain.

413 Contestation du témoignage. Dans l'hypothèse où l'enfant dépose son témoignage, la Cour précise les mesures à suivre pour accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester le témoignage de l'enfant et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition et devant les juridictions.

414 Présence au témoignage. Pour permettre à l'accusé de contester le témoignage de l'enfant victime au moment de sa déposition, les autorités ont une obligation d'inviter l'accusé à se présenter au témoignage. Ainsi, elle reproche aux autorités croates dans l'arrêt *Kovac c/ Croatie* du 12 juillet 2007¹²¹², l'absence non-justifiée de l'accusé pendant le témoignage de l'enfant devant le juge d'instruction.

415 Possibilité d'observer et d'interroger l'enfant. L'accusé doit ensuite avoir la possibilité d'observer l'enfant lorsque ce dernier est interrogé et de lui poser des questions. C'est en ce sens que la Cour reproche dans l'arrêt *Bocos-cuesta c/ Pays-Bas* du 10 novembre 2005¹²¹³, aux autorités compétentes, le fait que l'accusé n'a pas eu la possibilité de voir comment la police recueillait les déclarations des enfants. Par exemple, les autorités compétentes ne lui ont pas proposé de suivre l'entretien depuis une autre pièce, au moyen de dispositifs techniques, ni de leur soumettre des questions, au moment de l'interrogatoire ou plus tard. Pour la Cour, le fait que l'accusé a eu amplement l'occasion de contester les témoignages de l'enfant, ne remplace pas le fait d'observer personnellement un témoin en train de faire sa déposition.

416 Enregistrement vidéo. La Cour souligne également l'importance de la manière de recueillir les témoignages de l'enfant ; c'est ainsi qu'elle reproche aux

¹²¹² *Kovac c/ Croatie* du 12 juillet 2007, req. n° 503/05, § 28.

¹²¹³ *Bocos-Cuesta c/ Pays-Bas* du 10 novembre 2005, req. n° 54789/00, §§ 70 et 71.

autorités néerlandaises dans l'arrêt *Bocos-Cuesta c/ Pays-Bas*¹²¹⁴, de ne pas avoir procédé à l'enregistrement vidéo des dépositions des enfants. Ni l'accusé ni les juges du fond n'ont pu observer leurs réactions aux questions de la police : ils n'ont donc pas pu se former leur propre opinion concernant la fiabilité de leurs déclarations. Il semble que la Cour exprime sa préférence pour un enregistrement vidéo et souligne que la transcription écrite pourrait déformer la façon dont l'enfant témoigne. Dans l'arrêt *Kovac c/ Croatie*¹²¹⁵, la Cour note que la transcription écrite de la déclaration de l'enfant est très formelle et contient des phrases élaborées ne pouvant pas correspondre à sa manière actuelle d'expression : selon le rapport établi par le psychologue, l'enfant s'exprimait avec difficulté, ne savait pas lire, écrire ou compter et se souvenait à peine de l'événement en question car il était atteint de déficience intellectuelle. C'est pourquoi la Cour européenne estime que la déclaration de l'enfant avait manifestement été rédigée par le juge d'instruction et que cette transcription ne permettait pas de fournir une image complète et fidèle pour le juge de première instance ou les juges de la cour d'appel qui, plus tard, ont examiné l'affaire. En l'absence d'enregistrement vidéo, ni l'accusé ni le juge de première instance n'ont été en mesure d'observer son comportement lors des interrogatoires et ainsi, former leur propre idée sur sa fiabilité.

417 Examen de la crédibilité de la déclaration. Dans l'arrêt *S.N. c/ Suède* du 2 juillet 2002¹²¹⁶, la Cour estime que les droits de l'accusé garantis par l'article 6 § 3 d) de la Convention n'ont pas été violés car il avait suffisamment d'opportunité de contester la crédibilité de la déclaration de l'enfant devant les juridictions. La Cour relève que l'enregistrement vidéo du premier interrogatoire a été diffusé au cours des audiences de première instance et d'appel ; quant au second interrogatoire, la transcription écrite a été lu à haute voix devant le tribunal de district et la cour d'appel en a écouté l'enregistrement audio. Elle est convaincue que les déclarations de l'enfant ont été appréciées avec la prudence requise. Ainsi, elle note que la cour d'appel suédoise, dans son arrêt du 6 mai 1996, a tenu compte de ce que certaines des informations fournies par l'enfant étaient vagues, ambiguës et imprécises. Elle a également pris en considération le fait que certaines des questions posées à l'enfant durant les interrogatoires de police étaient orientées. Au contraire, la Cour reproche aux autorités

¹²¹⁴ *Ibid.*, § 71.

¹²¹⁵ *Kovac c/ Croatie*, préc., §§ 28 et 30.

¹²¹⁶ *S.N. c/ Suède* du 2 juillet 2002, req. n° 34209/96, §§ 52 et 53.

nationales dans l'affaire *P.S. c/ Allemagne*¹²¹⁷, de n'avoir élaboré que très tardivement l'avis de l'expert : il s'est en effet écoulé environ dix huit mois entre l'événement en question et la préparation de cet avis. Compte tenu de ce retard, la Cour constate que dans les circonstances actuelles, elle ne peut considérer la procédure suivie par les autorités judiciaires comme ayant permis à la défense de contester la preuve de l'enfant rapportée devant le tribunal par des tierces personnes, dont un proche parent.

¹²¹⁷ *P.S. c/ Allemagne*, préc., § 29.

Conclusion du Titre 2

418 Protection, Prévention et répression. L'enfant est considéré comme une personne vulnérable en raison de son âge, c'est ainsi que la garantie de ses droits dans le domaine de la protection de son intégrité et de sa liberté doit être adaptée à ses besoins. Pour répondre à cette nécessité, la Cour européenne dégage, à travers sa jurisprudence, une interprétation des droits garantis par la Convention en sa faveur. Cette interprétation peut être distinguée en trois thèmes : protection, prévention et répression.

419 Protection. S'agissant de la protection de l'enfant, celle-ci doit être renforcée. Si l'enfant peut être déclaré pénalement responsable et peut être jugé et condamné conformément au droit interne de son pays, la justice pénale de l'enfant délinquant doit être adaptée, en tenant compte de son jeune âge. Selon la Cour européenne, « il est essentiel de traiter un enfant accusé d'une infraction d'une manière qui tienne pleinement compte de son âge, de sa maturité et de ses capacités sur le plan intellectuel et émotionnel, et de prendre des mesures de nature à favoriser sa compréhension de la procédure et sa participation à celle-ci »¹²¹⁸. La protection de la vie privée de l'enfant délinquant doit également être renforcée, notamment en ce qui concerne la conservation et l'utilisation des données personnelles de celui-ci. L'appréciation de la régularité de sa détention doit se faire en tenant compte de sa vulnérabilité particulière, pareil pour l'application de la peine. Lorsqu'un enfant étranger, accompagné ou non, est retenu dans le cadre du contrôle de l'immigration, la Cour européenne impose aux Etats une obligation d'adapter le centre de rétention aux besoins particuliers de l'enfant ou de trouver une alternative à la rétention dans le centre. Les mesures d'accompagnement doivent être prévues, pendant et après la rétention en ce qui concerne les enfants isolés. En s'appuyant sur l'effet horizontal de la Convention, la Cour européenne fait entrer

¹²¹⁸ *T. c/ Royaume-Uni*, préc., § 84.

dans le champ de la garantie de l'article 3 la protection de l'enfant contre des mauvais traitements infligés par de particuliers. L'interprétation extensive de la Convention permet à la Cour européenne de considérer que les châtiments corporels et les risques de mauvais traitements peuvent être constitutifs d'une violation de l'article 3. Elle permet également à la Cour européenne, en se fondant sur l'article 4 de la Convention, de protéger les enfants contre la pratique de l'esclavage « domestique ».

420 Prévention. La Cour européenne impose à la charge de l'Etat une obligation positive de prévention des mauvais traitements. Selon elle, « l'Etat partie doit prendre les mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient pu avoir connaissance »¹²¹⁹. Il peut s'agir, comme dans les affaires *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* du 10 octobre 2002¹²²⁰, *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001¹²²¹ et *E. et autres c/ Royaume-Uni*¹²²², de l'obligation de protection contre la maltraitance intrafamiliale ou, comme dans l'affaire *O'Keeffe c/ Irlande* du 28 janvier 2014¹²²³, de l'obligation de protection contre la maltraitance dans un contexte éducatif.

421 Répression. La Cour européenne impose aux Etats une obligation positive de s'être doté d'une législation répressive efficace et la responsabilité de l'Etat peut être engagée lorsque celui-ci n'a pas prévu une législation adéquate permettant de protéger efficacement les enfants contre des atteintes provenant des particuliers ou lorsque la législation est défailante. Par conséquent, la Cour a condamné la législation britannique défailante ayant permis à un beau-père d'être relaxé après avoir infligé des corrections physiques particulièrement sévères à son beau-fils¹²²⁴. En se fondant sur une combinaison des articles 3 et 8 de la Convention, la Cour impose à l'Etat une protection efficace des enfants contre le viol et les abus sexuels sur les enfants¹²²⁵. Le volet substantiel de l'obligation édicte à la charge de l'Etat d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol et les violences sexuels et le volet

¹²¹⁹ *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001, req. n° 29392/95, § 73 : *JCP G* 2001. I. 342, obs. F. Sudre ; *JDI* 2002, n° 1, p. 286, obs. C. Renaut.

¹²²⁰ *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* du 10 octobre 2002, req. n° 38719/97 : *JCP G* 2003, I, 109, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2003, n° 56, p. 1355, obs. A. Gouttenoire.

¹²²¹ *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001, req. n° 29392/95, §§ 72 et 74 : *JCP G* 2001. I. 342, obs. F. Sudre ; *JDI* 2002, n° 1, p. 286, obs. C. Renaut.

¹²²² *E. et autres c/ Royaume-Uni*, préc.

¹²²³ *O'Keeffe c/ Irlande* du 28 janvier 2014, Gr. Ch., req. n° 35810/09 : *JCP G* 2014, act., p. 268, obs. C. Picheral ; *JCP G* 2014, n° 28, p. 1409, obs. F. Sudre ; *RSC* 2014, n° 1, p. 166, obs. J.-P. Marguénaud.

¹²²⁴ *A. c/ Royaume-Uni* du 23 Septembre 1998 : *JCP G* 1999. I. 195, obs. F. Sudre.

¹²²⁵ *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003, req. n° 39272/98 : *RTD Civ.* 2004, n°2, p. 364, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard ; *RDP* 2004, 803, obs. H. Surré ; *M. et C. c/ Roumanie*, 27 septembre 2011, req. n° 29032/04.

procédural, de les appliquer en pratique au travers d'une enquête et de poursuites effectives aboutissant à l'identification et à la punition des responsables. La Cour exige de la part de l'Etat, dans l'arrêt *X. et Y. c/ Pays-Bas* du 25 mars 1985¹²²⁶, l'organisation de la représentation de l'enfant victime et la protection relevant du droit pénal relative à l'accès au tribunal lorsqu'il s'agit de protéger des enfants mineurs contre des violences sexuelles. La Cour exige également que lorsque les enfants ont subi des mauvais traitements administrés par des particuliers en raison de la négligence des services sociaux ne pouvant pas les protéger, ils doivent pouvoir agir en responsabilité contre ces services¹²²⁷.

¹²²⁶ *X. et Y. c/ Pays-Bas* du 25 mars 1985, série A, n° 91 : *AFDI*, 1986, p. 282 et 293, obs. V. Coussirat-Coustère ; *Cah. dr. eur.*, 1988, p. 462 et s., obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI*, 1986, p. 1082-1083, obs. P. Rolland.

¹²²⁷ *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni*, préc. ; *E. et autres c/ Royaume-Uni*, préc.

Conclusion de la première partie

422 Nécessité d'intervention. A travers l'analyse de la mobilisation de la Cour européenne des droits de l'homme des dispositions de la Convention européenne, l'on constate qu'il existe des droits fondamentaux pour l'enfant : les droits que l'adulte n'a pas ou qu'il a mais ne sont pas protégés de la même façon. L'existence de ces droits enclenche une disposition de garanties qui n'est non seulement spécifique mais aussi accrue. La lecture de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permet ainsi d'affirmer que l'enfant n'est pas un sujet de droit de l'homme comme les autres mais un sujet nécessitant une protection renforcée. Sans la mobilisation par la Cour européenne des droits de l'homme, les droits garantis par la Convention européenne seront vides de sens pour l'enfant.

423 Droit à l'instruction. L'on peut ainsi penser que l'accès effectif de l'enfant roms à l'instruction tire principalement sa source de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'imposition par la Cour des obligations positives visant à mettre en place des mesures de nature procédurale et substantielle contribue à octroyer à ces enfants une égalité des chances dans le domaine de l'éducation. Dans le même d'ordre d'idée, en confirmant l'importance de l'éducation primaire « qui apporte une instruction de base – ainsi que l'intégration sociale et les premières expériences de vivre ensemble – et qui est obligatoire dans la plupart des pays »¹²²⁸, pour considérer que la gratuité doit s'appliquer sans distinction fondée sur la nationalité ou la nature du titre de séjour, au moins en ce qui concerne l'enseignement primaire¹²²⁹, la Cour ouvre l'accès à l'instruction au plus grand nombre d'enfants et même des moins favorables : des enfants immigrés, des enfants sans nationalité et des enfants en séjours irrégulier.

¹²²⁸ *Ponomaryovi c/ Bulgarie*, préc., § 56.

¹²²⁹ En ce sens, S. Grosbon, « La discrimination dans l'imposition de frais de scolarité à certains ressortissants étrangers : la Cour européenne des droits de l'homme en dit trop ... ou pas assez ... », préc.

424 Obligation de vigilance. Le droit d'être protégé contre les mauvais traitements pour les enfants qui vivent dans des familles à problèmes étant déjà en contact avec les services sociaux sera vide de sens si les autorités compétentes ne réagissent pas en cas de connaissance des mauvais traitements ou des risques de mauvais traitements. La Cour européenne impose à la charge de l'Etat une obligation positive de prévention des mauvais traitements. Selon elle, « l'Etat partie doit prendre les mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient pu avoir connaissance »¹²³⁰. L'obligation de prévention que la Cour européenne impose à l'Etat dans les affaires *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* du 10 octobre 2002¹²³¹, *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001¹²³² et *E. et autres c/ Royaume-Uni*¹²³³ a ainsi une importance cruciale. L'on peut penser dans le même sens pour la protection contre la maltraitance dans un contexte éducatif comme dans l'affaire *O'Keeffe c/ Irlande* du 28 janvier 2014¹²³⁴.

425 Enquête effective. Soulignant à plusieurs reprises que, par leur jeune âge et par le fait qu'ils se trouvent dans une situation de vulnérabilité, les enfants font partie des personnes vulnérables qui doivent bénéficier, sur le fondement de cet article, d'une protection effective¹²³⁵, la Cour met à la charge de l'Etat une obligation positive de poursuivre et d'enquêter en cas d'allégation de viol et violence sexuelle, dans les affaires *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003¹²³⁶ et *M. et C. c/ Roumanie* du 27 septembre 2011¹²³⁷. C'est surtout la compréhension et la prise en compte par la Cour européenne de la vulnérabilité de l'enfant dans ces situations qui permet effectivement de garantir aux enfants victimes le droit à une enquête effective. Dans l'arrêt *M.C. c/ Bulgarie*, la Cour estime que si, en pratique, il peut parfois se révéler difficile de prouver l'absence de consentement sans preuves « directes » de viol, comme des traces

¹²³⁰ *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001, req. n° 29392/95, § 73 : *JCP G* 2001. I. 342, obs. F. Sudre ; *JDI* 2002, n° 1, p. 286, obs. C. Renaut.

¹²³¹ *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* du 10 octobre 2002, req. n° 38719/97 : *JCP G* 2003, I, 109, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2003, n° 56, p. 1355, obs. A. Gouttenoire.

¹²³² *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001, req. n° 29392/95, §§ 72 et 74 : *JCP G* 2001. I. 342, obs. F. Sudre ; *JDI* 2002, n° 1, p. 286, obs. C. Renaut.

¹²³³ *E. et autres c/ Royaume-Uni*, préc.

¹²³⁴ *O'Keeffe c/ Irlande* du 28 janvier 2014, Gr. Ch., req. n° 35810/09 : *JCP G* 2014, act., p. 268, obs. C. Picheral ; *JCP G* 2014, n° 28, p. 1409, obs. F. Sudre ; *RSC* 2014, n° 1, p. 166, obs. J.-P. Marguénaud.

¹²³⁵ *X. et Y. c/ Pays-Bas*, préc., § 23, 24 et 27 ; *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003, req. n° 39272/98 § 150 : *JCP G* 2004-I-107, n° 5, obs. F. Sudre ; *RSC* 2004, p. 462, obs. Fl. Massias ; *RTDciv.* 2004, p. 364, obs. J.-P. Marguénaud ; *Yazgül Yılmaz c/ Turquie* du 1^{er} février 2011, req. n° 36369/06, § 42.

¹²³⁶ *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003, req. n° 39272/98 : *RTD Civ.* 2004, n°2, p. 364, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard ; *RDP* 2004, 803, obs. H. Surrel.

¹²³⁷ *M. et C. c/ Roumanie*, 27 septembre 2011, req. n° 29032/04.

de violence ou des témoins directs, les autorités n'en ont pas moins l'obligation d'examiner tous les faits et de statuer après s'être livrées à une appréciation de l'ensemble des circonstances. C'est le souci d'une protection particulière de la femme et surtout des mineures qui amène la Cour à être plus sévère dans l'arrêt *M.C.*¹²³⁸.

¹²³⁸ Dans ce sens : *RTDeiv.* 2004, p. 364, obs. J.-P. Marguenaud.

Deuxième partie : La protection substantielle des droits de l'enfant par le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre du droit au respect de la vie familiale

426 **Souci de définition.** La notion d'intérêt de l'enfant est une notion dont le contenu est par essence indéterminé et qui peut souvent se prêter à une lecture divergente. Cette notion est ainsi marquée par la relativité et par la subjectivité. De plus, traduit de l'expression *the best interest of the child*, l'intérêt supérieur de l'enfant peut se comprendre de deux façons : au sens du plus grand intérêt de l'enfant (ce qui est meilleur pour lui, d'autant que ses intérêts peuvent être multiples, peut-être même contradictoire), d'une part, au sens d'un intérêt supérieur par rapport aux autres intérêts en présence (ceux des parents, ceux des tiers, ceux de l'Etat), d'autre part¹²³⁹. C'est en faveur de la seconde interprétation que se prononce la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁴⁰. C'est pour cette raison qu'elle est souvent considérée comme une notion insaisissable propre à favoriser l'arbitrage judiciaire. Mais sa faiblesse est sa force car son caractère « indéterminée mais déterminable », s'inscrivant dans ce que le Doyen Carbonnier qualifiait « d'aptitude du droit à se mouvoir »¹²⁴¹, devient un utile indispensable pour la Cour européenne dans l'enrichissement des droits de l'enfant dans la protection de sa famille. Ainsi, loin de constituer un problème, la relativité et la subjectivité de la notion constituent sa force car elles permettent une appréciation *in concreto* par le juge.

427 **Incorporation de l'intérêt supérieur de l'enfant.** La notion de l'intérêt de l'enfant a déjà été mobilisé par la Cour européenne des droits de l'homme avant l'entrée

¹²³⁹ Fulchiron H., « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz. Pal.* 2009, n° 342, p. 15.

¹²⁴⁰ *Ibid.*

¹²⁴¹ J. Carbonnier, Les notions à contenu variable dans le droit de la famille, in *Les notions à contenu variable en droit*, C. Parelman et R. Vander Elst (dir.), Bruxelles, 1984, p. 99.

en vigueur de la Convention internationale des droits de l'enfant. La Cour européenne avait recours à cette notion notamment dans le domaine de l'assistance éducative. Mais l'incorporation et l'appropriation par la Cour européenne des droits de l'homme de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant contenue dans la CIDE constitue une autre manifestation de la volonté de la Cour de Strasbourg d'imposer aux Etats certaines obligations substantielles découlant de cette Convention¹²⁴². Dans l'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006¹²⁴³, pour imposer aux Etats une exigence de protéger les droits de l'enfant, la Cour n'hésite d'ailleurs pas à se référer à « l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par l'article 3 de la CIDE ». La Cour européenne a tellement intégré la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant dans son raisonnement relatif à la protection des enfants qu'elle s'abstient de plus en plus souvent de viser la Convention internationale des droits de l'enfant. Aujourd'hui cette notion est mobilisée dans tous les litiges concernant la protection de la vie familiale de l'enfant.

428 Plan. Se plaçant sur le terrain de la protection de la vie privée et familiale de l'article 8 de la Convention, la Cour européenne met la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur de son mécanisme relatif au maintien de la vie familiale de l'enfant avec ses parents, constituant ainsi le critère de décision en ce domaine (Titre 1). De manière moins structurée, l'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant permet à la Cour européenne d'enrichir la protection des droits de l'enfant relative au rattachement de celui-ci à sa famille (Titre 2).

Titre 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant et la protection des relations parents-enfants

Titre 2 : L'intérêt supérieur de l'enfant et le rattachement de l'enfant à sa famille

¹²⁴² A. Gouttenoire, « La Convention internationale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

¹²⁴³ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006, req. n° 13178/03 : D. 2007, n° 11, p. 771, obs. P. Muzny ; RCDIP 2008, n° 1, p. 35, obs. C. Cournil.

Titre 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant et la protection des relations parents-enfants

429 Evolution de la famille. Comme souligne le Professeur Sudre¹²⁴⁴, « il apparaît donc que la « vie familiale », telle que la conçoit la Convention européenne des droits de l'homme en 1950, est la vie de la famille, celle-ci étant comprise classiquement comme la cellule créée par le mariage ». Toutefois, l'auteur montre qu'« un demi-siècle plus tard, il ne fait guère de doute que la « vie familiale » s'est détachée de la « famille » dans la jurisprudence européenne »¹²⁴⁵. Ainsi, aujourd'hui, les familles se diversifient et nous nous retrouvons face à de différents types de famille comme par exemple, la famille naturelle, la famille monoparentale ou même la famille fondée par un couple homosexuel. La séparation du couple parental, l'éloignement d'un membre de la famille et la prise en charge de l'enfant dans le cadre de l'assistance éducative diversifient les relations de l'enfant avec ses parents. Ayant pour mission d'assurer non seulement la sauvegarde mais aussi le développement des droits de l'homme, la Cour européen doit interpréter de manière évolutive la Convention, « un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles »¹²⁴⁶.

430 Protection de l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa future famille. La Cour européenne estime que la Convention ne garantit ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter¹²⁴⁷ et elle refuse de trancher « la question de savoir si le droit d'adopter, compte tenu notamment de l'évolution de la législation en Europe et du fait

¹²⁴⁴ F. Sudre, « La 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Némésis, coll. « Droit et justice », n° 38, 2002, p. 11.

¹²⁴⁵ *Ibid.*

¹²⁴⁶ *Loizidou c/ Turquie*, Gr. Ch., du 23 mars 1995, Exceptions préliminaires, série A, n° 310, § 71 : *GACEDH* n° 1 ; *RUDH* 1996, 6, obs. F. Sudre ; *RGDIP* 1998, 123, obs. G. Cohen-Jonathan ; *RTDH* 1998, 102, obs. J.-P. Cot ; *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986, série A n° 112, pp. 24-25, § 53.

¹²⁴⁷ *Fretté c/ France* du 26 février 2002, req. n° 36515/97, § 32 : *JCP G* 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire et F. Sudre.

que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles, doit ou non entrer dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention pris isolément »¹²⁴⁸. Le droit d'adopter en tant que tel n'est pas non plus octroyé par les instruments internationaux comme la convention internationale des droits de l'enfant ou la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Toutefois, en se plaçant sous l'angle de la protection de la vie privée, la Cour estime que la notion de la « vie privée » est une notion large comprenant ainsi le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir¹²⁴⁹. En estimant que les dispositions de la Convention s'appliquent à un « droit additionnel »¹²⁵⁰, la Cour constate que « la législation française accorde quant à elle expressément aux personnes célibataires le droit de demander l'agrément en vue d'adopter et établit une procédure à cette fin. Dès lors, la Cour estime que les circonstances de l'espèce tombent, à n'en pas douter, sous l'empire de l'article 8 de la Convention »¹²⁵¹. Ainsi, c'est en se fondant sur le droit des adultes que la Cour européenne s'interroge sur le bien-être de l'enfant dans sa « future famille » comme elle a l'occasion de faire dans les affaires *Fretté c/ France* du 26 février 2002¹²⁵² et *E.B. c/ France* du 22 janvier 2008¹²⁵³. La Cour européenne montre sa volonté de mettre la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant au centre de débats concernant l'adoption. C'est cet intérêt, apprécié de manière concrète, qui doit conditionner et guider les décisions relatives à l'agrément en vue d'adoption. Ainsi, la Cour souligne dans l'affaire *Fretté* que « l'adoption est “donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille” et l'Etat doit veiller à ce que les personnes choisies comme adoptantes soient celles qui puissent lui offrir, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables »¹²⁵⁴. Malheureusement, dans l'affaire *Fretté*, la Cour européenne a cependant fini par tirer une conclusion très critiquable. En statuant sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, elle a estimé qu'il y avait eu une différence de traitement

¹²⁴⁸ *E.B. c/ France* du 22 janvier 2008, req. n° 43546/02, § 46 : *Dr. fam.* 2008, étude n° 14, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2008, II, 10074, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RJPF* 2008-2/32, obs. S. Valory.

¹²⁴⁹ *Evans c/ Royaume-Uni*, Gr. Ch., du 10 avril 2007, req. n°6339/06 : *RTD civ.* 2007, p. 295, obs. J.-P. Marguénaud.

¹²⁵⁰ *GACEDH*, n° 9.

¹²⁵¹ *E.B. c/ France*, préc., § 49.

¹²⁵² *Fretté c/ France*, préc.

¹²⁵³ *E.B. c/ France* du 22 janvier 2008, req. n° 43546/02 : *Dr. fam.* 2008, étude n° 14, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2008, II, 10074, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RJPF* 2008-2/32, obs. S. Valory.

¹²⁵⁴ *Fretté c/ France*, préc., § 42.

reposant sur l'orientation sexuelle du requérant. Toutefois, elle a considéré que le droit de pouvoir adopter du requérant trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés¹²⁵⁵ et par conséquent, la différence de traitement dans le cas d'espèce n'était pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention¹²⁵⁶. Pour la Cour, la justification d'un traitement différencié résidait dans le fait que les autorités nationales disposaient d'une large marge d'appréciation en l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants¹²⁵⁷. La différence de traitement se justifie également par le fait que la division de la communauté scientifique était partagée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels, les profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales, ainsi que l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapport aux demandes¹²⁵⁸. La Cour européenne est revenue sur sa jurisprudence dans l'affaire *E.B. c/ France* pour constater que le refus d'agrément en vue d'adoption en se fondant sur l'orientation sexuelle de la requérante est discriminatoire et donc incompatible avec les dispositions de l'article 14 combiné avec l'article 8¹²⁵⁹. Selon la Cour, il est interdit de fonder le refus d'agrément sur l'orientation sexuelle du demandeur d'agrément. Cette décision doit nécessairement se fonder sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

431 Protection de la vie familiale « existante ». L'obligation d'être élevé par ses deux parents découle de l'article 8 de la Convention. Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne, la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention, dans le but d'assurer le maintien des relations familiales entre l'enfant et son parent séparé, suppose qu'existe entre eux un lien constitutif d'une vie familiale¹²⁶⁰. En d'autre terme, l'enfant n'a droit au maintien des lien qu'avec le parent avec lequel il entretient une véritable vie familiale¹²⁶¹. La nature du lien est apprécié avec souplesse et la Cour européenne garantit le droit au respect de la vie familiale dans la famille naturelle comme dans la

¹²⁵⁵ *Ibid.*, § 42.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, § 43.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, § 41.

¹²⁵⁸ *Ibid.*, § 42.

¹²⁵⁹ *E.B. c/ France*, préc., § 97.

¹²⁶⁰ *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979, série A, n° 31 : *GACEDH* n° 51, *JT* 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *AFDI* 1980, 317, obs. Pelloux ; *JDI* 1982, 183, obs. P. Rolland.

¹²⁶¹ *GACEDH*, n° 51 ; P. Hilt, « L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *AJfam* 2004, p. 384.

famille légitime, dès lors qu'il existe une vie familiale effective¹²⁶². La filiation adoptive constitue également une vie familiale¹²⁶³.

432 Exigence de l'effectivité de la vie familiale. Selon la Cour européenne, « la question de l'existence ou de l'absence d'une "vie familiale" est d'abord une question de fait, qui dépend de l'existence de liens personnels étroits »¹²⁶⁴. Le professeur Coussirat-Coustère note que ces liens doivent « atteindre une intensité suffisante pour passer pour une vie de famille¹²⁶⁵. C'est donc le critère de l'« effectivité » qui reste au cœur du raisonnement de la Cour. Ce critère apparaît comme la clé de voûte de l'invocation des textes européennes¹²⁶⁶. Mais l'existence de l'effectivité n'est pas suffisante pour reconnaître une vie familiale entre les parents et leurs enfants. Selon le Professeur Sudre, le juge européenne combine le critère de l'effectivité avec d'autres critères pour dessiner deux « modèles » contemporains de « vie familiale »¹²⁶⁷. L'auteur explique que l'effectivité peut d'une part se combiner avec le lien de parenté selon l'équation suivante : « vie familiale = parenté + effectivité du lien interpersonnel ». D'autre part, en cas de l'absence du lien de parenté, l'effectivité peut se combiner avec l'apparence d'une famille selon l'équation suivante : « vie familiale = effectivité du lien interpersonnel + apparence d'une famille ».

433 Parenté et effectivité. La cohabitation est en principe une condition décisive de l'effectivité du lien « familial »¹²⁶⁸. Mais la Cour européenne admet qu'une vie familiale peut exister en l'absence de cohabitation¹²⁶⁹, notamment lorsqu'une relation potentielle aurait pu se développer¹²⁷⁰ ou lorsqu'il y a une volonté contrariée du père ou

¹²⁶² *Marckx c/ Belgique*, préc. ; *Johnston et autres c/ Irlande* du 18 décembre 1986 ; *Kroon c/ Pays-Bas* du 27 octobre 1994.

¹²⁶³ *Pini Bertani et autres c/ Roumanie* du 22 juin 2004, req. n° 31929/96 : *Dr. fam.* 2004, chron. n° 28, A. Gouttenoire et P. Salvage-Gerest ; *JCP G* 2004. I. 161, obs. F. Sudre.

¹²⁶⁴ *Marckx*, § 31, *K. et T. c/ Finlande*, § 150.

¹²⁶⁵ V. Coussirat-Coustère, « Famille et Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag K.G., 2000, p. 285.

¹²⁶⁶ P. Murat, « Filiation et vie familiale », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Némésis, coll. « Droit et justice », n° 38, 2002, p. 161.

¹²⁶⁷ F. Sudre, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*

¹²⁶⁸ *Marckx c/ Belgique*, préc. ; *Elsholz c/ Allemagne* du 13 juillet 2000, req. n° 25735/94.

¹²⁶⁹ *Keegan c/ Irlande* du 19 avril 1994 : *JCP G* 1995. I. 3823, obs. F. Sudre ; *JDI* 1995, n° 3, p. 763, obs. P. Tavernier ; *Görgülü c/ Allemagne* du 26 février 2004, req. n° 74969/01.

¹²⁷⁰ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni* du 28 mai 1985, A 94 ; *Pini Bertani et autres c/ Roumanie*, préc.

de la mère d'établir un lien avec son enfant. Ainsi, le lien entre la mère accouchée sous X. et son enfant relève de la vie familiale, ce même en l'absence de toute effectivité¹²⁷¹.

434 Effectivité sans parenté. La Cour européenne reconnaît l'existence d'une vie familiale unissant un transsexuel, sa compagne et l'enfant de cette dernière né par insémination artificielle avec donneur, en se fondant sur les « apparences », et ce en l'absence de tout lien de parenté¹²⁷². Dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg* du 28 juin 2007¹²⁷³, la Cour reconnaît la vie familiale entre Mme Wagner, célibataire de nationalité luxembourgeoise et la petite fille qu'elle a adopté légalement au Pérou. Dans l'affaire *Harroudj c/ France* du 4 octobre 2012¹²⁷⁴, la Cour reconnaît facilement l'existence de la vie familiale entre une femme et l'enfant qu'elle accueille dans le cadre de la *kafala*, compte tenu de l'âge de l'enfant lorsqu'elle a été recueillie et de la continuité de la vie commune. Dans les affaires *Menesson et Labasses c/ France* du 26 juin 2014¹²⁷⁵, la Cour européenne reconnaît l'existence de la vie familiale entre les enfants nées d'une gestation pour autrui et les parents d'intention ayant eu recours à cette méthode.

435 Elargissement de la protection. La Cour protège également la vie familiale existante entre les grands-parents et les petits enfants¹²⁷⁶, entre l'oncle et le neveu¹²⁷⁷, entre frères et sœurs¹²⁷⁸, et ce même lorsqu'il s'agit d'une vie familiale « projetée »¹²⁷⁹. Mais la Cour semble restreindre la « vie familiale » des étrangers à la seule famille

¹²⁷¹ *Kearns c/ France* du 10 janvier 2008, req. n° 35991/04, § 72 : *JCP G* 2008. I. 167, obs. F. Sudre ; *RJPF* 2008-4/29, obs. T. Garé ; *RTD civ.* 2008, p. 252, obs. J.-P. Marguénaud et P. Remy-Corlay ; *RTD civ.* 2008, p. 285, obs. J. Hauser ; *RLDC* 2008, p. 39, obs. M.-C. Le Boursicot ; *RLDC* 2008, p. 43, obs. G. Marraud de Grottes.

¹²⁷² *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni* du 22 avril 1997, req. n° 21830/93 : *JCP G* 1998, I, 107, obs. F. Sudre.

¹²⁷³ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg* du 28 juin 2007, req. n° 76240/01 : *RTD civ.* 2007, 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *RJPF* 2007-11/36, obs. M.-C. Le Boursicot ; *JDI* 2008, chron. n° 5.

¹²⁷⁴ *Harroudj c/ France* du 4 octobre 2012, req. n° 43631/09, § 46 : *D.* 2012, p. 2392 ; *JCP G* 2012, 1945, obs. G. Gonzalez ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012, obs. N. Hervieu ; *Dalloz actualité*, 17 octobre 2012, obs. M. Kebir ; *AJF* 2012, p. 546, obs. A. Boiché ; *RLDF* 2012, chron. n° 25, obs. C. Siffrein-Blanc.

¹²⁷⁵ *Menesson et Labasses c/ France* du 26 juin 2014, req. n° 65192/11 et 65941/11 : *D.* 2014, n° 31, p. 1773, obs. H. Fulcheron et Ch. Bidaud-Garon ; *D.* 2014, n° 31, p. 1787, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *D.* 2014, n° 31, p. 1797, note F. Chénéde ; *D.* 2014, n° 31, p. 1806, obs. L. d'Avout ; *AJDA* 2014, chron. n° 31, p. 1772, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *Revue générale du droit* 2014, n° 3, obs. M. Doulet ; *JCP G* 2014, n° 28, p. 1409, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2014, n° 30, p. 1486, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2014, n° 38, p. 1650 ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 204-205, p. 12, obs. E. Viganotti ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 257-259, p. 44, obs. S. Hamou ; *RJPF* 2014, n° 9, p. 46, obs. T. Garé.

¹²⁷⁶ *Bronda c/ Italie* du 9 juin 1998, req. n° 22430/93.

¹²⁷⁷ *Boyle c/ Royaume-Uni* du 28 février 1994, A. 282-B. Com., Rapp. 9 février 1993.

¹²⁷⁸ *Boughanemi c/ France* du 24 avril 1996.

¹²⁷⁹ *I. et U. c/ Norvège* du 21 octobre 2004, req. n° 75531/01.

nucléaire¹²⁸⁰. La Cour européenne protège également la vie familiale effective entre les enfants et leurs familles d'accueil¹²⁸¹.

436 Intérêt supérieur de l'enfant. Plaçant l'intérêt supérieur de l'enfant au centre de son raisonnement, la Cour européenne se réfère à cette notion dans toutes les affaires concernant les relations parents-enfants. Selon la Cour « il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international » au tour de ce principe¹²⁸² et elle rappelle dans toutes les affaires que « dans les affaires de ce type, l'intérêt des enfants doit passer avant tout autre considération ». Dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk* du 6 juillet 2010¹²⁸³, elle se réfère également à l'article 24 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui énonce le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais aussi le droit de tout enfant d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt.

437 Plan. Rappelant que « pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale et des mesures internes qui les en empêchent constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention »¹²⁸⁴, la Cour européenne a ainsi pour mission de protéger des relations parents-enfants¹²⁸⁵. Elle assure d'une part le maintien de la vie familiale de l'enfant avec ses parents après une séparation parentale (Chapitre 1). Elle assure d'autre part que l'intérêt supérieur de l'enfant soit respecté lorsque la famille de l'enfant se trouve confronter à une ingérence de l'Etat (Chapitre 2).

¹²⁸⁰ *Slivenko c/ Lettonie* du 9 octobre 2003, req. n°48321/99.

¹²⁸¹ *Moretti et Benedetti c/ Italie* du 27 avril 2010, req. n° 16318/07 : *JCP G* 2010, n° 37, p. 1699 ; *JCPG* 2010, n° 35, p. 1587, obs. F. Sudre ; *Procédures* 2010, n° 6, p. 16, obs. N. Fricéro ; *JCP G* 2010, n° 21, 587, obs. F. Sudre.

¹²⁸² *Neulinger et Shuruk c/ Suisse* du 6 juillet 2010, req. n° 41615/07 : *JCP G* 2010, n° 30, p. 1520, obs. B. Pastre-Belda ; *RTD Civ.* 2010, n° 4, p. 735, obs. J-P. Marguénaud ; *RTDE* 2010, n° 4, p. 927 ; *JCP G* 2011, n° 4, p. 182, obs. F. Sudre ; *D.* 2011, n° 20, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke.

¹²⁸³ *Ibid.*

¹²⁸⁴ *Olsson n° 1 c/ Suède* du 24 mars 1988, § 59 : *JDI* 1989, 789, obs. P. Tavernier.

¹²⁸⁵ *GACEDH*, n°52 ; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 320.

Chapitre 1 : La protection des relations parents-enfants après une séparation parentale

438 Exigence d'effectivité. Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne¹²⁸⁶, sauf circonstances exceptionnelles, l'enfant a le droit au maintien des liens avec ses parents. Ainsi, la séparation ou le divorce des parents, le caractère parfois épisodique des rencontres entre l'enfant et son parent non gardien ne constituent pas de telles circonstances exceptionnelles¹²⁸⁷. La circonstance qu'un enfant est séparé plusieurs années de ses parents suite au choix de ces derniers de s'établir dans un autre pays ne rompt pas davantage la vie familiale existante entre eux¹²⁸⁸. Le principe du maintien des relations personnelles de l'enfant avec chacun de ses parents implique, d'une part, de s'assurer une bonne organisation de ces relations et d'en assurer l'effectivité, notamment avec son parent séparé (Section 1). Ce même principe implique, d'autre part, de s'assurer que l'intérêt supérieur de l'enfant est bien pris en compte dans le cadre particulier du déplacement illicite d'enfant (Section 2).

Section 1 : L'organisation de la séparation parentale dans l'intérêt supérieur de l'enfant

439 Maintien des liens. Après le divorce ou la cessation de la vie commune, la vie familiale se poursuit sous la forme du lien entre l'enfant et chacun de ses parents. La Cour européenne veille à ce que les Etats permettent la poursuite de relations personnelles entre eux à travers la prise des décisions relatives à l'attribution des droits parentaux aux père et mère séparés (§ 1) et l'exécution du droit de visite du parent non hébergeant (§ 2).

¹²⁸⁶ *GACEDH*, n°52.

¹²⁸⁷ *Ciliz c/ Pays-Bas* du 11 juillet 2000, req. n° 29192/95 : *AJDA* 2000, n° 12, p. 1006, obs. J-F. Flauss.

¹²⁸⁸ *Sen c/ Pays-Bas* du 21 décembre 2001, req. n° 31465/96 : *AJDA* 2002, n° 6, p. 500, obs. J.-F. Flauss ; *JCP G* 2002. I. 105, obs. F. Sudre.

§ 1 : L'attribution des droits parentaux

440 Plan. La jurisprudence européenne n'a pas fixé de critères particuliers quant à la nature et aux modalités d'attribution des droits parentaux ni aux modalités du maintien des liens entre l'enfant et son parent non investi de la garde. Le maintien du lien suppose au moins que dans une famille désunie, le parent qui n'est pas investi de la garde ou de l'exercice de l'autorité parentale se voit reconnaître un droit de visite dans l'intérêt de l'enfant. Dans le cadre de l'attribution des droits parentaux, la jurisprudence européenne offre aux enfants la protection substantielle (A.) et procédurale (B.).

A. La protection substantielle dans le cadre de l'attribution des droits parentaux

441 Intérêt supérieur de l'enfant et égalité des droits parentaux. Mettant le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant au centre de son raisonnement, la Cour européenne rappelle que cet intérêt doit être apprécié *in concreto*. Celle-ci souligne que cet intérêt doit être au cœur de l'analyse des juges internes leur permettant de prendre des décisions relatives aux droits parentaux sans discrimination. Dans l'arrêt *Hoffmann c/ Autriche* du 23 juin 1993¹²⁸⁹, la Cour européenne pose le principe selon lequel l'inégalité de traitement dans l'attribution des droits parentaux, fondée sur un critère général et abstrait constitue une violation des articles 8 et 14 combinés (1°). Toutefois, la Cour accepte une différence de traitement dans l'attribution des droits parentaux lorsque les juges internes fondent leurs décisions sur une évaluation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant (2°).

1° L'interdiction de l'inégalité de traitement dans l'attribution des droits parentaux

442 Condamnation. Dans plusieurs affaires, la Cour européenne condamne les Etats car les droits parentaux ont été attribués, en se fondant de manière *in abstracto*, sur des motifs discriminatoires (a.) ou sur le statut du couple parental (b.) Ces différentes décisions ne sanctionnent pas une disposition du droit interne mais le raisonnement d'un juge qui, pour répartir les droits entre le père et la mère séparés d'un enfant, se fonde sur une détermination abstraite de l'intérêt des enfants¹²⁹⁰.

¹²⁸⁹ *Hoffmann c/ Autriche* du 23 juin 1993, req. n° 12875/87 : D. 1994, p. 326, obs. J. Hauser ; LPA 1993, n° 138, p. 20, obs. I. Rouvière-Perrier ; RTDH 1994, p. 405, obs. J. Morange.

¹²⁹⁰ GACEDH, n° 53.

a. Les motifs discriminatoires

443 Interdiction de discrimination. Dans certaines affaires concernant l'attribution des droits parentaux après la séparation des parents, les juridictions internes, pour prendre leurs décisions, ont pris en compte de différents éléments de la vie personnelle des parents comme les croyances, la religion des parents voire leur orientation sexuelle, au nom des incidences négatives présumées que celles-ci pourraient avoir sur la vie des enfants, en vue d'évaluer l'intérêt de l'enfant. La Cour n'hésite pas à qualifier l'attribution de l'autorité parentale de discriminatoire lorsque les autorités compétentes ont estimé contraire à l'intérêt de l'enfant, le seul fait qu'un parent fasse partie de minorités religieuses ou en se fondant sur son orientation sexuelle¹²⁹¹.

444 Croyances et religions. Dans l'affaire *Hoffmann c/ Autriche* du 23 juin 1993¹²⁹², la Cour conclut à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 en raison du refus des juges internes d'octroyer du droit de garde à la mère de l'enfant en raison essentiellement de son appartenance aux Témoins de Jéhovah. La Cour précise qu'elle « ne nie pas que, dans certaines circonstances, les données invoquées par la Cour suprême d'Autriche à l'appui de sa décision puissent faire pencher la balance en faveur d'un parent plutôt que l'autre »¹²⁹³ et admet que la Cour suprême poursuivait un but légitime : « protéger la santé et les droits de l'enfant »¹²⁹⁴. Toutefois, en se référant à l'article 5 du Protocole 7 prévoyant l'égalité fondamentale des époux, notamment quant aux droits parentaux, elle précise que « l'intérêt des enfants doit prévaloir dans de telles affaires »¹²⁹⁵. En attachant « manifestement une importance déterminante »¹²⁹⁶ à la loi fédérale sur l'éducation religieuse des enfants sans apprécier des faits différents effectués par les juridictions inférieures, la Cour estime que constitue une violation des articles 8 et 14 la décision de la Cour suprême d'Autriche¹²⁹⁷. Dans le même sens, la

¹²⁹¹ Sur ce point voir notamment, 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*, Bruylant, 2002, p. 315 et s ; G. Willems, « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité », *RTDH* 2013, p. 65.

¹²⁹² *Hoffmann c/ Autriche*, préc.

¹²⁹³ *Ibid.*, § 33.

¹²⁹⁴ *Ibid.*, § 34.

¹²⁹⁵ *Ibid.*, § 35.

¹²⁹⁶ *Ibid.*, § 33.

¹²⁹⁷ *Palau-Martinez c/ France* du 16 décembre 2003, req. n° 64927/01 : *D.* 2004, p. 1261, obs. F. Boulanger ; *AJF* 2004, p. 62, obs. S. Plana ; *RTD Civ.* 2004, p. 78, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2004. II. 10122, obs. A.

Cour condamne la France dans l'affaire *Palau-Martinez c/ France* du 16 décembre 2003¹²⁹⁸ concernant la décision des juridictions nationales fixant la résidence de ses enfants chez leur père, en raison de l'appartenance de la mère aux Témoins de Jéhovah.

445 Orientation sexuelle. S'agissant de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle d'un parent, en estimant que le principe de non-discrimination s'applique à des différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle¹²⁹⁹, la Cour européenne dans l'affaire *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal* du 21 décembre 1999¹³⁰⁰, conclut à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. En l'espèce, une cour d'appel s'est appuyée de manière décisive sur le fait que le père est homosexuel et vit en couple avec un autre homme, pour attribuer, dans le cadre d'une procédure de divorce, l'autorité parentale à la mère et reconnaître au père un droit de visite.

446 Motivation insuffisante. Dans l'affaire *Palau-Martinez c/ France*, la Cour reproche aux juges français de ne pas avoir suffisamment motivé leur décision lorsqu'ils se sont prononcés *in abstracto* et en fonction des considérations de caractère général « sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel »¹³⁰¹. De même, dans l'affaire *Vojnity c/ Hongrie* du 12 février 2013¹³⁰², la Cour reproche aux juridictions internes de ne pas avoir suffisamment motivé leur décision. En l'espèce, il s'agit d'une suppression du droit de visite du père en se fondant sur son orientation religieuse. Les juridictions internes ont considéré que « la vision du monde irrationnelle » du père ainsi que son prosélytisme mettraient en danger le développement de son fils. Toutefois, la Cour souligne que les juges ont tiré leur conclusion sans vraiment expliquer la nature du préjudice pouvant découler d'une « vision du monde irrationnelle ».

Gouttenoire ; E. Millard, « La garde des enfants et la discrimination en matière de religion », in P. Tavernier (dir.), « La France et la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence en 2003 », Bruxelles : Bruylant 2005.

¹²⁹⁸ *Palau-Martinez c/ France*, préc.

¹²⁹⁹ Voir J.-P. Marguénaud, obs. sur *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*, préc., p. 433 : selon l'auteur, cet arrêt « est déjà important pour avoir retenu une application inédite de l'article 14 à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle qui n'est pas expressément visée par ce texte ».

¹³⁰⁰ *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal* du 21 décembre 1999, req. n° 33290/96 : *JCP G* 2000. I. 203, obs. F. Sudre.

¹³⁰¹ *Palau-Martinez c/ France*, préc., § 42.

¹³⁰² *Vojnity c/ Hongrie* du 12 février 2013, req. n° 296117/07 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2013, comm. 70, obs. K. Gracia ; *AJF* 2013, p. 179, obs. L. Briand.

b. Le statut du couple parental

447 Principe. La Cour européenne n'est pas convaincue de la pertinence des distinctions fondées sur la seule nature juridique des liens existant entre les parents au moment de la naissance de l'enfant¹³⁰³. Selon elle, « seules de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur la naissance hors mariage. Cela vaut également pour une différence de traitement entre le père d'un enfant né d'une relation où les parents vivaient ensemble sans être mariés et le père d'un enfant né de parents mariés »¹³⁰⁴. Toutefois, elle admet qu'une différence de traitement peut être conforme à la Convention, à condition que les juridictions fondent leurs décisions sur une évaluation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant.

448 Possibilité de faire prévaloir son droit. Si la Cour européenne n'interdit pas une attribution préférentielle de l'autorité parentale à la mère de l'enfant né hors mariage, c'est seulement à condition que le père ait la possibilité de faire prévaloir son droit. Ainsi, dans l'affaire *McMichael c/ Royaume-Uni* du 24 février 1995¹³⁰⁵ relatif au droit écossais n'accordant automatiquement les droits parentaux au père d'un enfant que s'il est marié à la mère, la Cour conclut à l'absence de violation de la Convention. Dans cet arrêt, la différence de traitement dans le cas d'espèce était pour la Cour justifiée par une différence de nature entre la famille légitime et la famille naturelle jugée, à l'époque des faits, moins conforme à l'intérêt de l'enfant. À défaut de mariage, il appartient au père naturel de demander à être investi de l'autorité parentale qui dépend de l'appréciation que les tribunaux feront de l'intérêt de l'enfant. La constatation de la non-violation de la Convention provient ainsi du fait que le père naturel avait la possibilité de contester l'attribution préférentielle de l'exercice de l'autorité parentale devant les tribunaux et que ces derniers avaient le pouvoir d'apprécier concrètement l'intérêt de l'enfant.

449 Attribution préférentielle de l'exercice de l'autorité parentale condamnée.

Dans l'affaire *Zaunegger c/ Allemagne* du 3 décembre 2009, elle constate une violation

¹³⁰³ Sur ce point voir notamment, 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*, Bruylant, 2002, p. 315 et s.

¹³⁰⁴ *Sahin c/ Allemagne* du 8 juillet 2003, req. n° 30943/96, § 94 : *RTD civ.* 2003. 760, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 2002, n° 3, p. 128, obs. F. Sudre ; *Sommerfeld c/ Allemagne* du 8 juillet 2003, req. n° 31871/96, § 93 : *JCP G* 2004. I. 107, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2003, p. 760 – 763, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard ; *JCP G* 2002. I. 105, obs. F. Sudre ; *Europe* 2003, n° 12, p. 29, obs. N. Deffains.

¹³⁰⁵ *McMichael c/ Royaume-Uni* du 24 février 1995, A. 307-B.

de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention lorsque l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale se fait en se fondant, de manière *in abstracto*, sur le statut du couple au moment de la naissance de l'enfant car selon elle, « lorsque le père joue pleinement son rôle, la situation de l'enfant né hors mariage est analogue à celle de l'enfant né dans le mariage »¹³⁰⁶. l'affaire *Zaunegger c/ Allemagne* du 3 décembre 2009¹³⁰⁷ concerne l'impossibilité pour le père d'une enfant nés hors mariage d'obtenir la garde partagée sans le consentement de la mère. Ainsi, en vertu des dispositions du Code civil allemand applicables à l'époque des faits au litige¹³⁰⁸, la garde conjointe d'un enfant né hors mariage ne pouvait être obtenue qu'en cas d'accord ou de mariage des parents, la garde exclusive pouvant être transférée au père uniquement en cas de menace pesant sur le bien-être de l'enfant. Dans les autres cas, c'était la mère qui obtenait toujours la garde. En l'espèce, la mère n'étant pas disposée à accepter la garde conjointe, le requérant tentait de l'obtenir en justice sans réussir. Pour conclure à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, la Cour européenne s'est livrée à une étude de droit comparé, en estimant que le contexte européen évolue du fait du nombre croissant de parents non mariés, et même s'il n'existe pas de consensus européen quant au droit des pères d'enfants nés hors mariage de demander la garde conjointe même sans le consentement de la mère, dans une majorité d'États parties à la Convention, en cas de conflit entre les parents, les juridictions nationales se prononcent en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant¹³⁰⁹. L'explication du gouvernement allemand selon laquelle les dispositions litigieuses avaient pour but de protéger le bien-être de l'enfant né hors mariage n'a pas convaincu la Cour qui estime qu'il n'y avait pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre la règle de principe interdisant aux juges de revenir sur l'attribution initiale de la garde exclusive à la mère et le but poursuivi par cette règle, à savoir la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant né hors mariage¹³¹⁰. Selon elle, les juridictions nationales doivent pouvoir se prononcer *in concreto* en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Reprenant les conclusions

¹³⁰⁶ *Zaunegger c/ Allemagne* du 3 décembre 2009, req. n° 22028/04, § 54 : *RTD civ.* 2010 p. 773 obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2011, Etude n°10, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2010, n° 37, p. 1687, obs. J. Jehl ; *JCP G* 2010, n° 14, p. 720 ; obs. F. Boulanger ; *JCP G* 2010, n° 1, p. 52 ; *RJPF* 2010, n°4, p. 24, obs. F. Eudier.

¹³⁰⁷ *Ibid.*

¹³⁰⁸ Après la condamnation de l'Allemagne dans le cas d'espèce, cette disposition a été supprimée par la Cour constitutionnelle allemande dans un arrêt du 21 juillet 2010.

¹³⁰⁹ *Zaunegger c/ Allemagne*, préc., § 60.

¹³¹⁰ *Ibid.*, préc., § 63.

de l'affaire *Zaunegger*, la Cour européenne condamne également l'Autriche dans l'affaire *Sporer c/ Autriche* du 3 février 2011¹³¹¹. Dans ces décisions, la Cour condamne une double discrimination : l'inégalité de traitement entre père et mère et l'inégalité de traitement entre les pères selon qu'ils ont été ou non mariés avec la mère¹³¹².

450 Attribution du droit de visite. Dans l'affaire *Elsholz c/ Allemagne* du 13 juillet 2000¹³¹³, la Cour conclut à la violation des article 8 et 14 combinés en raison du refus d'accorder au père naturel le droit de visite sur son enfant¹³¹⁴. En l'espèce, la condamnation provient de la participation insuffisante du requérant dans la procédure. Dans le même sens, la Cour européenne estime dans les affaires *Sahin et Sommerfeld c/ Allemagne* du 8 juillet 2003¹³¹⁵ concernant la demande du droit de visite par les pères naturels que la Convention a été violée. En effet, la loi allemande à l'époque des faits, ne mettait pas les pères d'enfants nés hors mariage sur le même pied que les pères divorcés, mais les défavorisait. Les seconds bénéficiaient d'un droit de visite légal susceptible d'être limité ou suspendu s'il le fallait dans l'intérêt de l'enfant, alors que les premiers n'avaient le droit à des contacts personnels que si la mère de l'enfant donnait son accord ou si un tribunal décidait que pareils contacts étaient dans l'intérêt de l'enfant. La Cour européenne, dans les deux affaires constate que les requérants ont été traités moins favorablement que des pères divorcés dans le cadre des procédures leur refusant un droit de visite pour conclure à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. Si la mère s'opposait de l'octroi du droit de visite, le père naturel ne pouvait que très difficilement surmonter cette opposition.

451 Existence de la relation de l'enfant avec son père légal. La Cour reproche également aux autorités allemandes, dans l'affaire *Schneider c/ Allemagne* du 15 septembre 2011¹³¹⁶, de ne pas avoir statué en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit être une considération primordiale. En l'espèce, un père naturel s'était vu refuser son droit de visite sur l'enfant dont il prétendait être le père biologique car l'enfant vivait avec son père juridique marié à sa mère. La condamnation de l'Allemagne vient du fait que les autorités n'ont pas recherché, de manière concrète, si

¹³¹¹ *Sporer c/ Autriche* du 3 février 2011, req. n° 35637/03.

¹³¹² *GACEDH*, n° 53.

¹³¹³ *Elsholz c/ Allemagne* du 13 juillet 2000, req. n° 25735/94.

¹³¹⁴ Dans le même sens, *Hoppe c/ Allemagne* du 26 février 2004, req. n° 28422/95.

¹³¹⁵ Voir également *Görgülü c/ Allemagne* du 26 février 2004, req. n° 74969/01.

¹³¹⁶ *Schneider c/ Allemagne* du 15 septembre 2011, req. n° 17080/07 : *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire.

dans le cas d'espèce, l'intérêt de l'enfant commande l'attribution du droit de visite à son père biologique. Toutefois, vu la complexité de la situation dans ce type d'affaires (le fait que l'enfant entretienne déjà une relation familiale avec son père juridique), et en l'absence de consensus, la Cour européenne estime qu'il n'est pas opportun de poser une présomption générale selon laquelle il serait toujours dans l'intérêt de l'enfant d'entretenir des relations avec son père biologique. La position de la Cour est plus favorable aux pères naturels en ce qui concerne l'attribution des droits parentaux qu'en ce qui concerne l'établissement de la filiation avec son enfant. Dans ce dernier cas, la Cour se prononce dans les affaires *Ahren et Kautzor c/ Allemagne* du 22 mars 2012 que l'intérêt de l'enfant ne doit pas être apprécié de la même manière dans le cadre d'une action concernant la relation parent-enfant et dans le cadre d'une action concernant le statut juridique du mineur et que si les Etats sont tenus de rechercher s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de permettre au père biologique de nouer une relation avec celui-ci, par exemple en accordant un droit de visite, cela n'implique pas nécessairement une obligation fondée sur la Convention d'autoriser le père biologique à contester le statut du père légal¹³¹⁷.

2° L'acceptation de l'inégalité de traitement dans l'attribution des droits parentaux dans l'intérêt de l'enfant

452 Risque réel. En estimant que « les données invoquées par [le juge interne] à l'appui de sa décision puissent faire pencher la balance en faveur d'un parent plutôt que l'autre »¹³¹⁸, la Cour européenne accepte la différence de traitement en matière d'attribution des droits parentaux mais à condition que cette différence de traitement soit justifiée par l'intérêt supérieur de l'enfant et appréciée de manière concrète et proportionnée. La Cour demande aux juridictions internes de motiver leurs décisions en démontrant les dangers réellement encourus par l'enfant.

453 Conditions de vie offertes à l'enfant. En ce qui concerne la différence de traitement fondée sur les croyances ou les religions du parent, la Cour estime dans l'affaire *Gineitienė c/ Lituanie* du 27 juillet 2010¹³¹⁹ que lorsqu'il existe un risque réel

¹³¹⁷ *Ahren c/ Allemagne* du 22 mars 2012, req. n° 45071/09, § 74 ; *Kautzor c/ Allemagne* du 22 mars 2012, req. n° 23338/09 : *JCP G* 2012, n° 35, p. 1531, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2012, n° 5, p. 25, obs. M. Bruggman ; *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire

¹³¹⁸ *Hoffmann c/ Autriche*, préc., § 33 ; *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*, préc., § 14.

¹³¹⁹ *Gineitienė c/ Lituanie* du 27 juillet 2010, req. n° 20739/05.

mettant l'enfant en danger en raison des croyances du parent, le refus de l'octroi du droit de garde est justifié. En l'espèce, la requérante se plaignait de la décision prise par les tribunaux lituaniens de confier la garde de ses deux filles à leur père. Elle alléguait notamment que ses deux filles lui avaient en réalité été retirées parce qu'elle était membre du centre de méditation Ojas, la branche lituanienne d'un nouveau mouvement religieux, Osho. Concluant à l'absence de violation des articles 8 et 14 combinés, la Cour européenne distingue le cas d'espèce des affaires *Hoffmann* et *Palau-Martinez*, et estime que l'octroi de la garde des deux filles de la requérante n'a pas été décidé de manière *in abstracto*¹³²⁰. Selon la Cour, même si l'appartenance de la requérante au centre de méditation Ojas a été évoquée par les juges internes, les juridictions internes ont fondé leur décision sur une analyse approfondie de l'intérêt supérieur de l'enfant : les juridictions se sont fondées sur l'avis des experts critiquant les conditions de vie offertes par la requérante, et par le fait que cette dernière ne prenait pas soin de sa fille¹³²¹. Les juridictions soulignaient aussi que le père était considéré plus apte à offrir un meilleur niveau de vie aux enfants¹³²². Par ailleurs, la décision des juridictions internes a également pris en considération le souhait des deux filles de vivre avec leur père¹³²³. La Cour s'est déjà statuée en ce sens dans l'affaire *Ismailova c/ Russie* du 29 novembre 2007¹³²⁴ concernant une mère divorcée, adhérente aux Témoins de Jéhovah. Dans le même sens, dans le domaine de l'assistance éducative, la Cour estime dans l'affaire *Schmidt c/ France* du 26 juillet 2007 que le placement de l'enfant peut être justifié en raison de l'appartenance de ses parents à une secte au sein de laquelle les enfants étaient maltraités¹³²⁵.

454 Instabilité émotionnelle et conjoncturelle. La Cour a également eu l'occasion de statuer sur la différence de traitement fondée sur la transsexualité du parent. Dans l'affaire *P.V. c/ Espagne* du 30 novembre 2010¹³²⁶, la requérante était une transsexuelle passée du sexe masculin au sexe féminin. Devant la Cour européenne, elle

¹³²⁰ *Ibid.*, § 40.

¹³²¹ *Ibid.*, § 38.

¹³²² *Ibid.*

¹³²³ *Ibid.*

¹³²⁴ *Ismailova c/ Russie* du 29 novembre 2007, req. n° 37614/02.

¹³²⁵ *Schmidt c/ France* du 26 juill. 2007, req. n° 35109/02 : *RTD civ.* 2007, p. 765, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2007. I. 102, obs. A. Gouttenoire ; M. Sirinelli, « La vie familiale et les convictions religieuses », in P. Tavernier (dir.), « La France et la Cour européenne des droits de l'homme 1998 – 2008 : Une décennie d'application du Protocole XI, la jurisprudence en 2007 », Bruylant 2009, p. 281-292.

¹³²⁶ *P.V. c/ Espagne* du 30 novembre 2010, req. n° 35159/09 : *Dr. fam.* 2011, n° 4, étude 10, obs. A. Gouttenoire.

se plaignait notamment que les juridictions internes avaient utilisé sa transsexualité comme critère déterminant pour restreindre le régime de visites ordinaires initialement prévu dans le jugement de séparation. Soulignant d'abord que « la transsexualité est une notion qui est couverte, à n'en a pas douter, par l'article 14 de la Convention »¹³²⁷, la Cour conclut à la non-violation des articles 8 et 14 combinés car elle estime que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui a primé dans la prise de décision des juridictions internes¹³²⁸. Ainsi, elle relève qu' « eu égard à l'instabilité émotionnelle et conjoncturelle détectée chez la requérante, les juridictions espagnoles ont privilégié l'intérêt de l'enfant en adoptant un régime de visite plus restrictif, lui permettant de s'habituer progressivement au changement de sexe de son géniteur »¹³²⁹ et que « le motif déterminant pour restreindre le régime de visite était l'existence d'un risque certain de porter préjudice à l'intégrité psychique et au développement de la personnalité du mineur, compte tenu de son âge et de l'étape évolutive dans laquelle il se trouvait »¹³³⁰. La Cour souligne d'ailleurs que les juridictions internes ont réellement pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant et non pas la simple condition de transsexualité de la requérante car le droit de visite de la requérante a été élargi ultérieurement, à la demande de cette dernière.

B. La protection procédurale dans le cadre de l'attribution des droits parentaux

455 Double protection. Afin d'assurer l'attribution des droits parentaux dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de l'égalité des parents, la jurisprudence de la Cour européenne offre une double protection. Il s'agit d'une part de protéger les droits procéduraux des parents (1°) et d'autre part d'imposer aux Etats une obligation particulière de diligence (2°). Rappelant constamment que « le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables », le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents ne doit pas être une situation de fait¹³³¹.

¹³²⁷ *Ibid.*, § 30.

¹³²⁸ *Ibid.*, § 36.

¹³²⁹ *Ibid.*

¹³³⁰ *Ibid.*, § 32.

¹³³¹ Voir notamment, N. Mathieu, « Séparation des parents et garde d'enfant – Le point sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2013, p. 39.

1° La protection des droits procéduraux des parents

456 Importance du contradictoire. Selon la Cour européenne, en matière d'attribution des droits parentaux, le processus décisionnel aboutissant à la mesure litigieuse doit être équitable et ménager aux parties, un rôle respectant leurs intérêts. La Cour, lorsqu'elle vérifie si les autorités nationales ont respecté les garanties procédurales, doit déterminer si les parents ont pu jouer un rôle suffisant dans le processus décisionnel¹³³². Dans l'affaire *Hunt c/ Ukraine* du 7 décembre 2006¹³³³, la Cour européenne considère que le droit au respect de la vie familiale du père est enfreint en raison de sa participation insuffisante dans la procédure aboutissant à la décision de le priver de ses droits parentaux à l'égard de son fils. Dans l'affaire *Diamante et Pelliccioni c/ Saint-Marin* du 27 septembre 2011¹³³⁴, la Cour conclut à la non-violation de l'article 8 de la Convention en raison de la procédure ayant abouti à la réduction du droit de visite de la mère. En l'espèce, la Cour relève que la mère a bien été représentée par un avocat, a eu la possibilité d'exposer ses arguments et a pu participer aux différentes audiences. Elle a en outre eu accès aux pièces du dossier, en particulier aux enregistrements vidéo de ses visites à sa fille.

457 Parole de l'enfant. Dans les affaires concernant l'attribution des droits parentaux après une séparation parentale, le problème central dans la protection des droits procéduraux des parents réside dans la question de l'association de l'enfant à la détermination de son intérêt.

458 Primauté de l'intérêt de l'enfant. La Cour européenne exige que, sous certaines conditions, l'enfant soit associé au processus décisionnel visant à la détermination des relations avec ses parents. Ainsi, lorsque l'enfant refuse de voir son parent ou refuse de vivre avec lui, cette volonté peut parfois faire obstacle à l'obtention du droit de garde et du droit de visite. Procédant à une hiérarchisation des intérêts en présence, la Cour européenne estime, dans l'arrêt *Elholz c/ Allemagne* du 13 juillet 2000¹³³⁵, qu'elle « attache une importance particulière à l'intérêt de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui des parents.

¹³³² *Haase c/ Allemagne* du 8 avril 2004, req. n° 11057/02.

¹³³³ *Hunt c/ Ukraine* du 7 décembre 2006, req. n° 31111/04.

¹³³⁴ *Diamante et Pelliccioni c/ Saint-Marin* du 27 septembre 2011, req. n° 32250/08 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire.

¹³³⁵ *Elsholz c/ Allemagne*, préc..

459 Audition et expertise psychologique. Les affaires *Sahin et Sommerfeld c/ Allemagne* du 8 juillet 2003¹³³⁶ concernant la décision judiciaire refusant d'accorder le droit de visite au père d'un enfant né hors mariage viennent préciser l'obligation et les modalités de l'audition de l'enfant. Dans l'affaire *Sahin*, l'enfant n'a pas été entendu alors que dans l'affaire *Sommerfeld*, l'enfant a été entendu mais la juridiction interne a refusé d'ordonner une expertise psychologique pour apprécier la réalité des souhaits de l'enfant. La Grande Chambre de la Cour européenne considère que ce serait allé trop loin que de dire que les tribunaux internes sont toujours tenus d'entendre un enfant en audience¹³³⁷ au sujet du droit de visite ou de solliciter l'avis d'un psychologue¹³³⁸. En effet, cela dépend des circonstances propres à l'affaire, notamment l'âge et la maturité de l'enfant. Dans l'affaire *Sahin*, l'enfant était âgée de cinq ans environ à l'époque où le tribunal régional a rendu sa décision et, eu égard à la méthode employée par la psychologue et à la prudence avec laquelle elle a analysé l'attitude de l'enfant, le tribunal n'a pas outrepassé sa marge d'appréciation en s'appuyant sur les conclusions de cette spécialiste, dont il n'y avait aucune raison de mettre en doute la compétence professionnelle ou la manière dont elle a mené ses entretiens. Dans l'affaire *Sommerfeld*, l'enfant était âgée de treize ans lorsqu'il a été entendu par le juge du tribunal de district, qui l'avait déjà interrogé dans le cadre de la précédente procédure. Ayant bénéficié de contacts directs avec la jeune fille, le tribunal de district était bien placé pour apprécier ses déclarations et établir si elle avait pu ou non se former librement une opinion. La Cour est donc d'avis qu'à partir de là, le tribunal a raisonnablement pu conclure qu'il n'était pas justifié de la forcer à voir le requérant contre son gré. Dans les deux affaires, la Cour estime que les exigences procédurales inhérentes à l'article 8 ont été respectées. Ces deux arrêts semblent opérer un recul par rapport à la jurisprudence antérieure¹³³⁹ : dans l'affaire *Elholz c/ Allemagne* du 13 juillet 2000¹³⁴⁰, la Cour avait dégagé le principe selon lequel, les juridictions internes saisies

¹³³⁶ *Sahin c/ Allemagne* du 8 juillet 2003, req. n° 30943/96 : *RTD civ.* 2003, 760, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 2002, n° 3, p. 128, obs. F. Sudre ; *Sommerfeld c/ Allemagne* du 8 juillet 2003, req. n° 31871/96 : *JCP G* 2004, I. 107, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2003, p. 760 – 763, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard ; *JCP G* 2002, I. 105, obs. F. Sudre ; *Europe* 2003, n° 12, p. 29, obs. N. Deffains.

¹³³⁷ *Sahin c/ Allemagne*, préc., § 73

¹³³⁸ *Sommerfeld c/ Allemagne*, préc., § 71.

¹³³⁹ N. Deffains, obs. sur *Sommerfeld et Sahin c/ Allemagne*, *Europe* 2003, n°12, p. 29 ; J.-P. Marguénaud, « L'interprétation régressive du droit au respect de la vie privée et de la vie familiale par la Grande Chambre de la Cour EDH », *RTD civ.* 2003, p. 760.

¹³⁴⁰ *Elholz c/ Allemagne*, préc., §§ 52 et 53.

d'une demande d'octroi de droit de visite doivent apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant sur la base d'une expertise psychologique motivée et récente et, si possible, après que l'enfant a été entendu par le psychologue et le tribunal. En jugeant que les autorités nationales ne sont pas toujours tenues de solliciter l'avis d'un psychologue, la Grande Chambre a ainsi élargi la marge d'appréciation des juridictions internes. Dans son contrôle de l'exécution du droit de visite, en revanche, la Cour semble accorder plus de poids à la parole de l'enfant¹³⁴¹.

460 **Prise en compte de la parole de l'enfant.** La Cour juge dans l'affaire *C. c/ Finlande* du 9 mai 2006¹³⁴² que la prise en compte de la parole de l'enfant ne doit pas transformer la volonté de ce dernier en un droit de veto absolu. Dans cette affaire, après la séparation du couple, la mère de l'enfant a déménagé en Finlande où elle vivait avec sa compagne. Le père vivait en Suisse et exerçait son droit de visite. Après le décès de la mère, les juridictions finlandaises, qui avaient d'abord confié la garde des enfants à leur père, ont finalement décidé de confier leur garde à la compagne de la mère en raison du désir des enfants (âgés de quatorze et douze ans) de demeurer en Finlande auprès de cette dernière. Estimant que l'article 8 a été violé, la Cour européenne reproche aux autorités finlandaises d'avoir exclusivement pris en compte les souhaits exprimés par les enfants sans considération d'autres facteurs, notamment le droit du requérant en tant que père¹³⁴³. La volonté de conforter le dispositif de lutte contre les enlèvements internationaux d'enfant conduit la Cour européenne, dans l'affaire *Raw et autres c/ France*¹³⁴⁴ à ne pas prendre en compte la volonté de l'enfant âgé de quinze ans qui s'opposait à son retour.

2° L'obligation particulière de diligence

461 **Fondements.** Dans son contrôle, la Cour européenne fait peser sur les Etats une obligation particulière de diligence dans les procédures familiales relatives à la détermination des relations parents-enfants, en se fondant sur les articles 6 § 1 ou 8 de la Convention.

¹³⁴¹ Voir *Infra.*, n° 479.

¹³⁴² *C. c/ Finlande* du 9 mai 2006, req. n° 18249/02.

¹³⁴³ Dans le même sens, *Tsikakis c/ Allemagne* du 10 février 2011, req. n° 1521/06 : *Dr. fam.* 2011, n° 4, étude 10, obs. A. Gouttenoire.

¹³⁴⁴ *Raw et autres c/ France* du 7 mars 2003, req. n° 10131/11 : *Dr. fam.* 2013, comm. 55, obs. F. Creux-Thomas ; *Dr. fam.* 2014, étude 12, obs. A. Gouttenoire.

462 **Appréciation du « délai raisonnable ».** La durée de la procédure doit respecter les exigences de l'article 6 § 1 en matière de « délai raisonnable ». Elle juge que l'article 6 § 1 est violé lorsqu'elle constate l'existence d'une « durée excessive » de la procédure¹³⁴⁵.

463 Dans l'affaire *Laino c/ Italie* du 18 février 1999¹³⁴⁶, la Cour reconnaît une violation de l'article 6 § 1 car un père a dû attendre huit ans et deux mois pour voir statuer sur son droit de visite de ses enfants. De même, dans l'affaire *Saileanu c/ Roumanie* du 2 février 2010¹³⁴⁷, un homme a attendu cinq ans pour sa demande du droit de garde sur sa fille. Toutefois, la Cour reconnaît que les procédures ne sont pas toujours simples et que la notion de « délai raisonnable » s'apprécie aussi en fonction des circonstances. Elle rappelle, dans l'affaire *Volesky c/ République tchèque* du 29 juin 2004¹³⁴⁸, qu'il faut tenir compte de la complexité de l'affaire, du comportement des parents et de celui des autorités compétentes, mais ces circonstances particulières ne constituent pas en elles-mêmes une justification suffisante pour la longue durée de procédure. Ainsi, elle considère, dans l'affaire *Volesky* que les tribunaux tchèques n'ont pas fait preuve de diligence requise et que la durée de quinze ans ne saurait passer pour « raisonnable », et ce même en dépit des tensions éventuelles entre leurs parents. L'article 6 § 1 a été violé en l'espèce mais la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner ce grief sous l'angle de l'article 8¹³⁴⁹. Dans l'affaire *Meirelle c/ Bulgarie* du 18 décembre 2012¹³⁵⁰, en se fondant sur l'article 8 de la Convention, la Bulgarie est condamnée pour ne pas avoir traité en priorité la question des mesures provisoires relatives à la garde d'un enfant dans le contexte d'une séparation parentale particulièrement conflictuelle.

464 **Manque de diligence.** Elle conclut à la violation des articles 8 et 13 de la Convention dans l'affaire *Kuppinger c/ Allemagne* du 15 janvier 2015¹³⁵¹ en raison du manque de diligence des autorités nationales. En l'espèce, elle considère qu'une simple

¹³⁴⁵ *Laino c/ Italie* du 18 février 1999, req. n° 33158/96.

¹³⁴⁶ *Ibid.*

¹³⁴⁷ *Saileanu c/ Roumanie* du 2 février 2010, req. n° 46268/06.

¹³⁴⁸ *Volesky c/ République tchèque*, préc.

¹³⁴⁹ Dans le même sens, *Dostal c/ République tchèque*, préc. ; *Pedovic c/ République tchèque* du 18 juillet 2006, req. n° 27145/03 ; *Reslova c/ République tchèque* du 18 juillet 2006, req. n° 7550/04.

¹³⁵⁰ *Meirelles c/ Bulgarie* du 18 décembre 2012, req. n° 66203/10 : *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.

¹³⁵¹ *Kuppinger c/ Allemagne* du 15 janvier 2015, req. n° 62198/11 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2015, p. 101, obs. E. Viganotti.

« recommandation » de traiter en priorité les affaires concernant les modalités d'exercice d'autorité parentale ne répond pas à l'exigence de célérité.

465 Famille d'accueil. La Cour a récemment étendu l'obligation positive procédurale de célérité pour la faire bénéficier aux familles d'accueil dans le cadre de la détermination de leur droit de visite. Admettant que le lien entre un enfant provisoirement accueilli et ses parents d'accueil est suffisamment fort pour pouvoir relever de la vie familiale, la Cour européenne dans l'affaire *Kopf et Liberda c/ Autriche* du 17 janvier 2012¹³⁵², considère que malgré la complexité de l'affaire en cause, les autorités, qui ont mis trois ans et demi pour statuer sur la demande du droit de visite d'une famille d'accueil, n'ont pas examiné cette demande assez rapidement. Cependant, la Cour n'a pas donné une totale satisfaction à la famille d'accueil, estimant que sa tâche n'est pas de se substituer aux autorités nationales dans l'exercice de leurs responsabilités. En se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant à ne pas être replacé dans une situation l'obligeant à partager sa loyauté entre sa mère biologique et la famille d'accueil, elle juge que le refus du droit de visite de la famille d'accueil était justifié. Ainsi, si l'extension du volet substantiel du droit au respect de la vie familiale aux relations établies entre les parents d'accueil et l'enfant reste seulement symbolique, le droit des parents d'accueil a été significativement renforcé dans le volet procédural¹³⁵³.

§ 2 : L'exécution du droit de visite du parent non hébergeant

466 Obligation. Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne, dès lors qu'elle a constaté l'existence des liens constitutifs de la vie familiale, l'article 8 implique le droit d'un parent à des mesures propres à le réunir avec son enfant et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre¹³⁵⁴. Mais il résulte du paragraphe 2 de l'article 8 que, quelles que soient les obligations qui pèsent sur lui,

¹³⁵² *Kopf et Liberda c/ Autriche* du 17 janvier 2012, req. n° 1598/06 : *Dr. fam* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire ; *RTDH* 2012, p. 985, obs. J.-P. Marguénaud.

¹³⁵³ J.-P. Marguénaud, « L'affaire *Kopf et Liberda* ou la consolation procédurale de la famille d'accueil », *RTDH* 2012, p. 985.

¹³⁵⁴ Voir par exemple, *Eriksson c/ Suède* du 22 juin 1989 ; *Andersson c/ Suède* du 25 février 1992 ; *Johansen c/ Norvège* du 7 août 1996 ; *Scozzari et Giunta c/ Italie* du 13 juillet 2000 ; *Gnahoré c/ France* du 19 septembre 2000.

l'Etat conserve une marge d'appréciation quant aux moyens permettant d'assurer le respect des droits garantis¹³⁵⁵.

467 Fondement. La Cour européenne énonce dans l'arrêt *Fourchon c/ France* du 28 juin 2005¹³⁵⁶ que 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. Ce droit est renforcé par la Convention européenne sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003. Pour garantir l'exécution du droit de visite du parent non hébergeant, la Cour, en se fondant donc sur l'article 8 de la Convention, impose aux Etats l'obligation positive de prendre les mesures propre à assurer l'exécution du droit de visite du parent non hébergeant¹³⁵⁷.

468 Plan. En imposant l'obligation positive aux Etats en vue de garantir l'effectivité de l'exécution du droit de visite du parent non hébergeant (A.) la Cour européenne admet que dans certaines hypothèses, la non exécution du droit de visite ne constitue pas une violation de la Convention et notamment lorsque l'enfant s'y oppose (B.).

A. L'obligation positive en vue de garantir l'effectivité de l'exécution du droit de visite du parent non hébergeant

469 Exécution rapide de l'exercice du droit de visite. Dans l'affaire *Koudelka c/ République tchèque* du 20 juillet 2006, la Cour estime que, pour un père empêché pendant plusieurs années d'exercer son droit de visite sur sa fille, l'article 8 de la Convention a été violé. Elle constate que « le litige [s'est] tranché par le simple écoulement du temps, de sorte que le rétablissement des liens entre l'intéressé et sa fille ne semble plus possible aujourd'hui »¹³⁵⁸.

470 Obligation de moyen. Il faut ici préciser que la Cour exige de la part des Etats de se doter d'un « arsenal juridique adéquat et suffisant »¹³⁵⁹ pour assurer le respect des décisions judiciaires et le contrôle de la mise en place de ces dernières. Néanmoins, si la Cour exige des Etats de prendre des actions concrètes leur permettant d'assurer l'exécution rapide des décisions de justice, elle ne leur impose pas de réussir. Selon elle,

¹³⁵⁵ Voir notamment, N. Mathieu, « Séparation des parents et garde d'enfant – Le point sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2013, p. 39.

¹³⁵⁶ *Fourchon c/ France* du 28 juin 2005, req. n° 60145/00.

¹³⁵⁷ *Fourchon c/ France*, préc. ; *Bove c/ Italie* du 30 juin 2005, req. n° 30595/02.

¹³⁵⁸ *Koudelka c/ République tchèque* du 20 juillet 2006, req. n° 1633/05, § 68.

¹³⁵⁹ Voir par exemple, *Mezl c/ République tchèque* du 9 janvier 2007, req. n° 27726/03, § 102.

« les obligations positives de l'Etat découlant de la Convention ne sont pas des obligations de résultat, mais simplement des moyens »¹³⁶⁰ et « le fait que les efforts des autorités ont été vains ne mène pas automatiquement à la conclusion que l'Etat a manqué aux obligations positives qui découlent pour lui de l'article 8 de la Convention »¹³⁶¹. L'obligation que la Cour fait peser sur les autorités nationales paraît particulièrement lourde lorsqu'elle décide dans l'affaire *Gluhakovic c/ Croatie* du 12 avril 2011¹³⁶² que le juge national doit fixer le droit de visite dans un lieu précis et selon les horaires particuliers du père.

471 **Choix des mesures.** Pour garantir l'effectivité de l'exécution du droit de visite du parent non hébergeant, la Cour européenne n'interdit pas aux Etats de recourir à la coercition. Au contraire, les mesures de coercition sont dans certains cas imposées (1°). Toutefois, l'exécution forcée n'est pas le seul moyen d'assurer l'effectivité du droit de visite : la Cour européenne insiste également pour que les Etats prennent des mesures de médiation (2°).

1° Le recours aux mesures coercitives

472 **Mesures coercitives.** Selon la Cour européenne, la plus grande prudence s'impose lorsqu'il s'agit de recourir à la coercition. Rappelant que les obligations positives de l'Etat en la matière consistent à essayer de rapprocher l'enfant de ses deux parents à l'aide de mesures qui doivent être adéquates et proportionnelles, la Cour a estimé dans l'affaire *Volesky c/ République tchèque* du 29 juin 2004¹³⁶³, que l'utilisation des mesures coercitives s'apprécie au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, l'absence de recours aux mesures coercitives peut être justifiée dans certains cas lorsque l'enfant s'oppose à l'exécution du droit de visite. Toutefois, il en va différemment en ce qui concerne les mesures coercitives à l'égard du parent gardien. Selon la Cour européenne, « si des mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas souhaitables dans ce domaine délicat, le recours à des sanctions ne doit pas être écarté en cas de comportement manifestement illégal du parent avec lequel vit l'enfant »¹³⁶⁴.

¹³⁶⁰ *Pedovic c/ République tchèque* du 18 juillet 2006, req. n° 27145/03, § 115.

¹³⁶¹ *Zavrel c/ République tchèque* du 19 janvier 2007, req. n° 14044/05, § 49 ; *Mihailova c/ Bulgarie* du 12 janvier 2006, req. n° 35978/02, § 82.

¹³⁶² *Gluhakovic c/ Croatie* du 12 avril 2011, req. n° 21188/09 : *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire.

¹³⁶³ *Volesky c/ République tchèque*, préc., § 118.

¹³⁶⁴ *Zavrel c/ République tchèque*, préc.

473 Comportement des parents. Les autorités internes plaident souvent l'impossibilité de faire exécuter la décision de justice en raison du comportement et de l'attitude des parents. Selon la Cour, le manque de coopération du parent concerné ne constitue pas un élément absolument déterminant, dans la mesure où il ne dispense pas les autorités de mettre en œuvre des moyens susceptibles de permettre le maintien du lien familial¹³⁶⁵. La Cour admet, dans l'affaire *Pedovic c/ République tchèque* du 18 juillet 2006, qu'un changement de circonstances peut justifier la non-exécution d'une décision définitive portant sur la réunion du parent avec son enfant, mais à condition qu'un tel changement de circonstances ne soit pas dû à l'incapacité des autorités nationales d'adopter toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle.

474 Condamnation. Dans l'affaire *Lafargue c/ Roumanie* du 13 octobre 2006¹³⁶⁶, pour condamner les autorités roumaines, la Cour note que les autorités nationales n'ont infligé qu'une sanction pécuniaire à l'ex-épouse du requérant suite aux plaintes pénales de ce dernier, tolérant pendant plus de six ans son refus de respecter une décision de justice. De même dans l'affaire *Zavrel c/ République tchèque*¹³⁶⁷, un père avait été empêché par la mère de l'enfant d'exercer son droit de visite pendant plusieurs années. Dans cette affaire, la Cour conclut à la violation de l'article 8 en considérant que les autorités compétentes n'ont pas fait suffisamment d'effort face au refus de la mère puis celui de l'enfant influencé par celle-ci. L'inaction des autorités a été la cause de l'inobservation du droit de visite du requérant. Dans l'affaire *Cengiz Kiliç c/ Turquie* du 6 décembre 2011¹³⁶⁸, la Cour reproche aux autorités nationales le fait que le recours à la coercition se limitait à une simple injonction à l'égard de la mère. *A contrario*, la Cour estime que dans certaines circonstances, les autorités compétentes avaient raison de ne pas prendre des mesures plus coercitives¹³⁶⁹.

475 Faute du parent non hébergeant. Dans l'affaire *Nuutinen c/ Finlande* du 27 juin 2000¹³⁷⁰, la Cour considère que l'échec de l'exécution du droit de visite est imputable au requérant (père de l'enfant). Ainsi, elle relève que celui-ci a contribué aux

¹³⁶⁵ *Olsson n°1 c/ Suède* du 24 mars 1988.

¹³⁶⁶ *Lafargue c/ Roumanie* du 13 octobre 2006, req. n° 37284/02.

¹³⁶⁷ *Zavrel c/ République tchèque*, préc.

¹³⁶⁸ *Cengiz Kiliç c/ Turquie* du 6 décembre 2011, req. n° 16192/06

¹³⁶⁹ *Krasicki c/ Pologne* du 15 avril 2014, req. n° 17254/11 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2014, p. 373, obs. E. Viganotti ; *P.K. c/ Pologne* du 10 juin 2014, req. n° 43123/10 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2014, p. 426, obs. E. Viganotti.

¹³⁷⁰ *Nuutinen c/ Finlande*, préc.

retards constatés au stade de l'exécution de par l'insuffisance de sa coopération avec les autorités compétentes. De plus, son passé criminel a créé des doutes quant à sa santé mentale. La Cour estime donc, que dans le cadre du réexamen continu de l'intérêt supérieur de l'enfant, les services sociaux pouvaient raisonnablement recommander une suppression du droit de visite jusqu'à ce que l'enfant grandisse. L'inactivité du parent non hébergeant peut parfois être source de l'échec de l'exécution de son droit de visite. La Cour en conclut ainsi dans l'affaire *Ball c Andorre* du 11 décembre 2012¹³⁷¹.

2° Le recours aux mesures de médiation

476 Mesures de médiation. Pour imposer une obligation de recours aux mesures de médiation, la Cour se réfère à la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe n° R(98)1 sur la médiation familiale afin de parvenir à la collaboration de chacune des parties¹³⁷². Dans l'affaire *Cengiz Kiliç c/ Turquie*, la Cour condamne la Turquie en raison de « l'absence de voie de médiation civile dans le système judiciaire national, dont l'existence aurait été souhaitable en tant qu'aide à une telle coopération à l'ensemble des parties au litige ». De plus, dans l'affaire *Prodelalova c/ République tchèque* du 20 décembre 2011¹³⁷³, elle condamne la République tchèque en raison de suppression du droit de visite sans avoir recours aux mesures de médiation familiale prévues par le droit tchèque. Le rapprochement de ces deux arrêts établit que la Cour européenne « pose une double exigence relatives à la médiation familiale : non seulement les Etats doivent recourir à la médiation familiale lorsqu'elle fait partie de leur arsenal juridique, mais ils doivent également la mettre en place lorsqu'elle n'est pas prévue par leur système juridique »¹³⁷⁴.

477 Condamnation. la Cour accepte difficilement que le comportement du parent non hébergeant puisse être le motif de l'échec de l'exécution de son droit de visite. Ainsi, elle juge dans l'affaire *Plasse-Bauer* du 28 février 2006¹³⁷⁵ que l'article 6 § 1 de la Convention a été violé. En l'espèce, la mère des enfants se voit attribuer, en raison de son état de santé psychiatrique, un droit de visite médiatisé à l'égard des enfants. Ce

¹³⁷¹ *Ball c/ Andorre* du 11 décembre 2012, req. n° 40628/10 : *GACEDH*, p. 577, *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.

¹³⁷² *Cengiz Kiliç c/ Turquie* du 6 décembre 2011, préc., § 133.

¹³⁷³ *Prodelalova c/ République tchèque* du 20 décembre 2011, req. n° 40094/08 : *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire.

¹³⁷⁴ A. Gouttenoire, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6.

¹³⁷⁵ *Plasse-Bauer* du 28 février 2006, req. n° 21324/02.

droit doit être exercé dans un « point rencontre » en présence d'un tiers. Une seule visite a eu lieu et non sans difficultés car l'enfant s'oppose à toute communication et le père refuse d'emmener l'enfant au point rencontre. Par conséquent, le juge aux affaires familiales suspend le droit de visite en raison de l'impossibilité matérielle pour l'association désignée de veiller à la présence d'un tiers lors de l'exécution du droit de visite. La Cour juge que même si c'était le comportement de la requérante qui n'a pas facilité la tâche des services sociaux, c'était le défaut de médiation lors de la première rencontre qui a constitué une perte de chance pour la requérante, de renouer le lien avec son enfant.

478 Exigence de préparatifs. La Cour ne va pas nécessairement conclure à la violation de l'article 8 lorsque le parent ne peut pas exercer immédiatement son droit de garde ou de visite¹³⁷⁶. Elle admet que lorsque les relations entre l'enfant et un de ses parents ont été interrompues ou empêchées pendant un certain temps, des mesures d'accompagnement peuvent être ordonnées afin d'assurer l'effectivité des rencontres et préparer l'enfant. Il peut s'agir des rencontres organisées dans un point rencontre, en présence d'un tiers et ou d'un psychiatre¹³⁷⁷. Dans l'affaire *Bove c/ Italie* du 30 juin 2005¹³⁷⁸, le droit de visite du requérant a été temporairement encadré par les services sociaux suite au dépôt par la mère d'une plainte pour abus sexuels envers l'enfant commis par les amis du requérant. Le dossier pénal étant classé mais face au refus de l'enfant de voir son père, la cour d'appel a fixé une reprise progressive des contacts et ordonna un encadrement par un soutien psychologique. Toutefois, cette décision ne a pas été pas exécutée et la Cour conclut donc à la violation de l'article 8 de la Convention.

B. L'opposition de l'enfant à l'exécution du droit de visite de son parent

479 Prise en compte de la parole de l'enfant. Dans le domaine de l'exécution du droit de visite du parent non hébergeant, la Cour européenne accorde à la parole de

¹³⁷⁶ *Glaser c/ Royaume-Uni* du 19 septembre 2000, req. n° 32346/96 ; *Mihailova c/ Bulgarie* du 12 janvier 2006, req. n° 35978/02.

¹³⁷⁷ *Nuutinen c/ Finlande*, préc. ; *Hoppe c/ Allemagne*, préc. ; *Voleskey c/ République tchèque*, préc. ; *Maire c/ Portugal*, préc. ; en dernier lieu, *Bordeianu c/ Moldavie* du 11 janvier 2011, req. n° 49868/08 : *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire.

¹³⁷⁸ *Bove c/ Italie* du 30 juin 2005, req. n° 30595/02.

l'enfant une valeur certaine¹³⁷⁹, à condition que celle-ci ait été recueillie dans un contexte serein¹³⁸⁰.

480 Evolution de l'enfant. L'affaire *Hokkanen c/ Finlande* du 23 septembre 1994¹³⁸¹ concerne l'absence de mise en œuvre du droit de visite du père d'une fillette de douze ans confiée à ses grands-parents. En l'espèce, les autorités finlandaises avaient le sentiment, jusqu'à l'arrêt de la Cour d'appel du 21 octobre 1993, qu'il serait dans l'intérêt bien compris de l'enfant, de développer des contacts avec le requérant même si la fillette ne souhaitait pas le rencontrer. Par contre, dans son arrêt du 21 octobre 1993, la cour d'appel est parvenue à la conclusion que l'enfant était devenue suffisamment mûre pour que l'on tînt compte de son avis et qu'il ne fallait dès lors pas autoriser des visites contre son gré. En considérant que les Etats doivent agir dans la mesure du possible en tenant compte des désirs de l'enfant, la Cour européenne conclut que l'inobservation du droit de visite de M. Hokkanen ne s'analysait pas en une atteinte à son droit au respect de sa vie familiale garanti par l'article 8 en ce qui concerne l'inexécution au cours de la période postérieure.

481 Volonté et intérêt. Dans l'affaire *Volesky c/ République tchèque*¹³⁸², le problème se portait sur l'échec de l'exécution du droit de visite en raison du comportement du mineur lui-même qui s'opposait à tout contact avec son père. Le requérant se plaignait que les autorités n'avaient pas déployé suffisamment d'efforts pour faire exécuter son droit de visite à l'égard de son fils en dépit de la résistance de la mère. Toutefois, la Cour considère que dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce, l'intérêt supérieur de l'enfant empêchait les autorités d'aller au-delà de ce qui a été fait, les mesures coercitives pouvant s'avérer contreproductives¹³⁸³. Elle admet également dans l'arrêt *Patera c. République tchèque* du 26 avril 2007¹³⁸⁴ que « les circonstances difficiles de l'espèce », la volonté de l'enfant proche de la majorité qui refusait de voir son père et son intérêt supérieur, empêchaient semble-t-il, les autorités d'aller au-delà de ce qui a été fait. La Cour admet elle-même qu'en la matière, les

¹³⁷⁹ *Hokkanen c/ Finlande* du 23 septembre 1994, série A, n° 299-A.

¹³⁸⁰ *Sophia Gudrun Hansen/ Turquie* du 23 septembre 2003, req. n° 36141/97 ; en ce sens, voir A. Goutenoire, « Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* 2008, n° 5, étude 14.

¹³⁸¹ *Hokkanen c/ Finlande*, préc.

¹³⁸² *Volesky c/ République tchèque*, préc.

¹³⁸³ Voir également, *Reigado Ramos c/ Portugal* du 22 novembre 2005.

¹³⁸⁴ *Patera c/ République tchèque* du 26 avril 2007, req. n° 25326/03 : *AJ fam.* 2007. p. 275.

mesures coercitives, telle une remise forcée de l'enfant au requérant ne sont pas adaptées.

482 Retours contraire à la santé psychologique. Dans l'affaire *N.TS et autres c/ Géorgie* du 2 février 2016¹³⁸⁵, la Cour admet que la famille maternelle ont pu jouer le rôle manipulateur dans les mauvaises relations entre les enfants et leur père mais elle note que les juridictions nationales n'ont pas adéquatement pris en considération l'élément important selon lequel les enfants ne souhaitaient pas retourner auprès de leur père. De plus, des rapports de psychologues avaient alerté sur le risque selon lequel le retour des enfants auprès du père serait contraire à leur santé psychologique.

483 Inaction des autorités. *A contrario*, dans l'affaire *Prizzia c/ Hongrie* du 11 juin 2013¹³⁸⁶, la Cour condamne le laxisme des autorités compétentes dans la mise en œuvre d'un droit de visite ayant pour conséquence la modification et la limitation du droit de visite du père. En l'espèce, considérant que c'est l'inaction des autorités hongroises qui a produit des effets irrémédiables sur les relations parent-enfant, la Cour prononce la condamnation malgré le fait que l'inexécution du droit de visite provient d'une part de l'opposition de l'enfant de voir son père après quatre ans sans contact avec ce dernier, et d'autre part, du comportement de la mère qui refuse d'exécuter la décision hongroise fixant le droit de visite du père à quatre jours par mois, ainsi que l'hébergement de son fils aux Etats-Unis pendant le mois d'été.

484 Absence d'obligation : famille adoptive. Si l'obligation positive de réunir la famille impose aux Etats d'exécuter la décision ordonnant le droit de visite du parent non hébergeant après une séparation conjugale, la Cour européenne estime, dans l'affaire *Pini Bertani et autres c/ Roumanie* du 22 juin 2004¹³⁸⁷, qu'il n'existe pas d'obligation de réunir la famille lorsque l'enfant et ses parents ne se connaissant pas encore. C'est ainsi qu'elle considère que la volonté des enfants de ne pas vivre avec ses parents adoptifs n'est pas contraire à leur intérêt supérieur. Considérant que la filiation adoptive est constitutive de la vie familiale¹³⁸⁸, la Cour européenne estime qu'il existe une relation potentielle qui aurait pu se développer entre les adoptants et les enfants

¹³⁸⁵ *N.TS. et autres c/ Géorgie* du 2 février 2016, req. n°71776/12.

¹³⁸⁶ *Prizzia c/ Hongrie* du 11 juin 2013, req. n° 20255/12 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2013, p. 439, obs. C. Baudouin.

¹³⁸⁷ *Pini Bertani et autres c/ Roumanie*, préc., § 148.

¹³⁸⁸ *Ibid.*

adoptés. Pour la Cour, cette relation est née d'une adoption légale et non fictive¹³⁸⁹. En l'espèce, les requérants avaient la qualité de parents adoptifs de deux enfants roumains. Cependant, ils n'arrivaient pas à obtenir l'exécution des décisions d'adoption d'une part, face au refus de l'établissement qui s'occupait des enfants de leur remettre les certificats de naissance des enfants et de leur transférer la garde de celles-ci et d'autre part, face au refus des enfants d'être adoptées. Tout au long de la procédure d'adoption, les adoptants et les enfants ne se sont jamais rencontrés. En s'appuyant sur l'intérêt supérieur de l'enfant qui se traduit dans le cas d'espèce, par le refus des mineures d'être adoptées par une famille étrangère¹³⁹⁰, la Cour estime que « l'importance à privilégier les intérêts de l'enfant par rapport à ceux des parents est accrue dans le cas d'une relation fondée sur l'adoption »¹³⁹¹, car « l'adoption consiste à donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille »¹³⁹². C'est pourquoi, la Cour considère que l'intérêt supérieur de l'enfant prime sur l'intérêt des parents adoptifs de vouloir créer une nouvelle relation de famille, en nouant des relations avec les enfants adoptées. Selon elle, « la nature plus faible de l'intérêt des requérants, reconnus parents adoptifs d'enfants âgées de presque 10 ans *en l'absence de tout lien concret préexistant*, ne saurait justifier le fait d'imposer aux autorités roumaines une obligation absolue d'assurer le départ des mineures pour l'Italie, contre leur gré et en ignorant les procédures judiciaires pendantes visant à remettre en cause la légalité et le bien-fondé des décisions initiales d'adoption. L'intérêt des enfants imposait, en effet, de tenir compte de leurs opinions dès lors qu'elles ont atteint la maturité nécessaire pour s'exprimer sur ce point »¹³⁹³. Toutefois, dans l'arrêt *Pini et Bertani*, elle estime « particulièrement regrettable » que les mineures n'aient manifestement pas bénéficié d'un soutien psychologique, susceptible de les préparer à leur départ, car de telles mesures auraient probablement permis que les intérêts des requérants convergent avec ceux des enfants adoptés, et non pas qu'ils soient en concurrence, comme c'est le cas en l'occurrence¹³⁹⁴. Par ailleurs, la Cour condamne la Roumanie par quatre voix contre trois, sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, pour son inaction. Selon elle, en

¹³⁸⁹ *Ibid.*

¹³⁹⁰ *Ibid.*, § 155.

¹³⁹¹ *Ibid.*, § 156.

¹³⁹² *Fretté c/ France*, préc., § 42.

¹³⁹³ *Pini Bertani et autres c/ Roumanie*, préc., § 164, nous soulignons.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, § 163.

s'abstenant de prendre des mesures efficaces, les autorités roumaines ont sérieusement compromis les chances d'épanouissement de cette relation¹³⁹⁵.

Section 2 : L'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre du déplacement illicite

485 La Convention de La Haye et son objectif. La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants est au cœur de la protection des relations parents-enfants en cas du déplacement illicite de ce dernier. La Convention repose sur l'idée selon laquelle, en cas d'enlèvement international d'enfant par l'un de ses parents, il convient d'ordonner le retour immédiat du mineur dans son Etat d'origine. Mais en raison de l'absence d'instance internationale pouvant assurer la conformité d'interprétation de la Convention de La Haye, les juges nationaux de chaque Etat étaient libres dans leur interprétation. Ainsi, pour assurer l'efficacité de l'application de la Convention de La Haye, le droit européen des droits de l'homme puis le droit de l'Union européenne sont venus renforcer le mécanisme de retour immédiat prévu par la Convention de La Haye¹³⁹⁶.

486 La Cour de justice de l'Union européen. Du côté de l'Union européenne, le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (ci-après règlement Bruxelles II bis¹³⁹⁷) est venu compléter et s'articuler avec la Convention de La Haye dans l'hypothèse du déplacement intraeuropéen d'enfants¹³⁹⁸. Ce règlement « veille à

¹³⁹⁵ *Ibid.*, § 188.

¹³⁹⁶ Voir notamment, *GACEDH* n° 52 ; D. Porcheron, « La jurisprudence des deux Cours européens (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfant : vers une relation de complémentarité ? », *JDI Clunet* 2015, n° 3, doct. 8 ; A. Devers, « L'apport des droits européens à la lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants », in C. Gauthier, M. Gautier et A. Gouttenoire (dir.), *Mineurs et droits européens*, coll. « Droit européen », Pédone, 2012, p. 91 ; F. Marchadier, « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 677 ; C. Pettiti, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la Convention de La Haye sur les enlèvements d'enfants », *AJ fam.* 2006, p. 185.

¹³⁹⁷ JOCE 23 décembre 2003, n° L 338, p.1.

¹³⁹⁸ Voir notamment, H. Fulchiron, « La lutte contre les enlèvements d'enfants », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. Fulchiron (dir.), *Dalloz*, 2005, p. 228 et s. ; B. Ancel et H. Muir Watt, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le règlement Bruxelles

assurer le respect des droits fondamentaux de l'enfant tels qu'énoncés à l'article 24 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». La Cour de justice de l'Union européen s'attache alors à vérifier que son interprétation du règlement est conforme à « l'intérêt supérieur de l'enfant [qui] doit être une considération primordiale » et au droit de « tout enfant [...] d'entretenir régulièrement des relations personnels et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ».

487 La Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne a incorporé l'ensemble des dispositions de la Convention de La Haye à l'article 8¹³⁹⁹. Elle affirme, de façon constante, souscrire entièrement à la philosophie sous-jacente de la Convention de La Haye¹⁴⁰⁰. Il s'agit donc, une fois les conditions d'application de la Convention de La Haye réunies, de revenir au plus vite au *statu quo ante* en vue d'éviter la consolidation juridique de situations de fait initialement illicites¹⁴⁰¹. Ainsi, la Cour admet que les exceptions au retour doivent recevoir une interprétation stricte car « accueillir trop facilement les arguments du parent auteur de l'enlèvement reviendrait à vider la Convention de La Haye de son objet premier »¹⁴⁰².

488 Intérêt supérieur de l'enfant. La Cour se déclare compétente « pour rechercher si l'interprétation donnée par les juridictions internes des garanties de la Convention de La Haye est à l'origine d'une violation de l'article 8 de la Convention » et, notamment, pour examiner si et dans quelle mesure la manière dont celles-ci ont procédé cadre avec l'objet et le but de la Convention de La Haye. L'intérêt supérieur de l'enfant reste au cœur du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, la Cour affirme, dans l'affaire *Maumousseau et Washington c/ France* du 6 décembre 2007, que « la notion d' "intérêt supérieur" de l'enfant est également

II bis », *Rev. crit. DIP* 2005, p. 596 ; A. Devers, « Les enlèvements d'enfants et le règlement « Bruxelles II bis » », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, 2004, p. 33.

¹³⁹⁹ A. Goutenoire, « Les enlèvements internationaux d'enfants devant la Cour européenne des droits de l'homme : entre obligation positive et ingérence », *RTDH* 2016, n° 105, p. 61.

¹⁴⁰⁰ *Maumousseau et Washington c/ France* du 6 décembre 2007, req. n° 39388/05, § 69 : *AJ fam.* 2008, 83, obs. A. Boiché ; *Dr. famille* 2008, étude n° 14, obs. A. Gouttenoire ; *Procédure* 2008, comm. n° 78, obs. N. Fricero ; M.G. Merloz, « La convention européenne et le respect de l'intérêt de l'enfant : l'enlèvement d'enfant et la Convention de la Haye de 1980 », in P. Tavernier (dir.), « La France et la Cour européenne des droits de l'homme 1998-2008 : une décennie d'application du protocole X, la jurisprudence en 2007 », Bruylant 2009.; *Macready c/ République tchèque* du 22 avril 2010, req., n° 4824/06, et 15512/08, § 62.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*

¹⁴⁰² *Maumousseau et Washington c/ France*, préc., § 73 ; *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, préc., §§ 137 et s.

primordiale dans le cadre des procédures relevant de la Convention de La Haye »¹⁴⁰³ et elle souhaite que cet intérêt « soit constamment interprété de manière cohérente, quelle que soit la convention internationale invoquée »¹⁴⁰⁴. La Cour note que si la Convention de La Haye part du postulat que l'intérêt de l'enfant commande le rétablissement du *statu quo ante*, par une décision de retour immédiat de l'enfant dans son pays de résidence habituelle en cas d'enlèvement illicite, un non-retour peut parfois s'avérer justifier par des raisons objectives qui correspondent à l'intérêt de l'enfant, ce qui explique l'existence des exceptions¹⁴⁰⁵.

489 **Appréciation.** La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant par la Cour européenne vise tout d'abord à renforcer les dispositions de la Convention de La Haye et donc à renforcer le retour immédiat de l'enfant (§ 1). Cependant, de manière exceptionnelle, la Convention de La Haye admet qu'une décision de non-retour peut être rendue dans l'Etat refuge (§ 2).

§ 1 : L'obligation de retour immédiat

490 **Article 1^{er} de la Convention de La Haye.** L'article 1^{er}, a) de la Convention prévoit que la présente Convention a pour objet « d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant ». La jurisprudence constante de la Cour européenne déduit de l'article 8 de la Convention l'obligation positive pour les Etats de prendre toutes les mesures adéquates pour permettre le retour de l'enfant en cas d'enlèvement illicite de ce dernier, conformément aux exigences de la Convention de La Haye (B.). Encore faut-il cependant, pour que l'Etat soit tenu à de telles obligations, que l'enlèvement de l'enfant soit illicite (A.).

A. L'applicabilité de la Convention de la Haye

491 **Existence d'un déplacement illicite.** La Convention de La Haye ne s'applique qu'aux situations dans lesquelles il y a eu un enlèvement international d'enfant, formule recouvrant tout déplacement ou non-retour illicite au sens de l'article 3 de ladite Convention. Selon cet article, le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite « lorsqu'il a eu violation d'un droit de garde, attribué à une personne,

¹⁴⁰³ *Maumousseau et Washington c/ France*, préc., § 68.

¹⁴⁰⁴ *Ibid*, § 71.

¹⁴⁰⁵ *X. c/ Lettonie*, préc., §§ 95 à 96.

une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour »¹⁴⁰⁶.

492 Violation d'un droit de garde. Ainsi, pour déclencher le mécanisme du retour, le juge de l'Etat refuge de l'enfant saisi d'une demande de retour doit d'abord déterminer si le déplacement ou le non-retour a lieu en violation d'un droit de garde. La Cour rappelle que « la notion de droit de garde, au sens de la Convention de La Haye, a une portée autonome dans la mesure où elle est appelée à s'appliquer à tous les Etats parties à ce traité international, dont les systèmes juridiques peuvent varier quant à la définition de cette notion »¹⁴⁰⁷. Au sens de l'article 5 a) de cette Convention, le « droit de garde » comprend « le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence ».

493 Droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. La Cour a jugé, dans l'affaire *Neulinger et Shuruk c/ Suisse* du 6 juillet 2010¹⁴⁰⁸, que l'éloignement de l'enfant du territoire israélien par sa mère était illicite. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a souligné le fait que même si en l'espèce, la mère de l'enfant a obtenu du juge israélien la garde provisoire de l'enfant, l'autorité parentale restant confiée aux deux parents. Rappelant que la notion de droit de garde, au sens de la Convention de la Haye, a une portée autonome, la Cour a estimé que qu'en droit israélien, l'institution du *guardianship* se rapprochait du droit de garde au sens de la Convention de La Haye en ce qu'elle comprenait le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, qui avait été donc violé en l'espèce¹⁴⁰⁹. De plus, la Cour a considéré que ce déplacement avait violé l'interdiction de sortie du territoire israélien et rendu illusoire en pratique, le droit de visite accordé au père¹⁴¹⁰.

494 Droit de garde conjointe. L'article 3, b) de la Convention de La Haye précise que « le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde [...] et que ce droit était exercé de façon effective

¹⁴⁰⁶ Le règlement Bruxelles II bis retient une définition identique pour l'enlèvement intraeuropéen d'enfants (*règl. (CE) n° 2201/2003, art. 2, pt. 11*).

¹⁴⁰⁷ *Neulinger et Shuruk c/ Suisse* du 6 juillet 2010, req. n°41615/07, § 102 : *JCP G* 2010, n° 30, p. 1520, obs. B. Pastre-Belda ; *RTD Civ.* 2010, n° 4, p. 735, obs. J-P. Marguénaud ; *RTDE* 2010, n° 4, p. 927 ; *JCP G* 2011, n° 4, p. 182, obs. F. Sudre ; *D.* 2011, n° 20, p. 1374, obs. F. Jault-Seske.

¹⁴⁰⁸ *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, préc.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, § 102.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, §§ 103 et 104.

seul ou conjointement au moment du déplacement ou du non-retour »¹⁴¹¹. La Cour a jugé dans l'arrêt *Monory c/ Roumanie et Hongrie* du 5 avril 2005¹⁴¹² que la Convention de la Haye doit s'interpréter comme étant applicable en cas de partage de l'autorité parentale, notamment dans le cadre d'un couple marié. Dans l'affaire *Rouiller c/ Suisse* du 22 juillet 2014¹⁴¹³, la Cour européenne, restreignant la liberté du parent gardien, a estimé que dès lors que les parents exerçaient en commun l'autorité parentale, la décision unilatérale de la mère de modifier le pays de résidence des enfants, même si c'est seulement en parcourant quelques kilomètres, constituait bien un déplacement illicite d'enfant. Selon la Cour, ce déplacement « était susceptible d'avoir des conséquences non négligeables pour l'avenir des enfants, notamment leur scolarisation dans le système suisse et leur développement personnel dans un environnement culturel et social différent de celui qui était le leur en France »¹⁴¹⁴.

495 Déplacement « licite ». Dans la décision d'irrecevabilité *Guichard c/ France* du 2 septembre 2003¹⁴¹⁵, la Cour européenne précise que le caractère illicite de l'enlèvement devant être établi par la démonstration que le demandeur était titulaire du droit de garde. Ainsi, elle a jugé irrecevable la requête introduite par un père non marié qui n'était pas titulaire de l'autorité parentale à l'égard de son fils à la date où celui-ci avait été déplacé du territoire français. Par conséquent, la Cour a estimé que les autorités françaises n'étaient pas tenues dans de telles circonstances, de mettre en œuvre les obligations positives tendant au retour de l'enfant¹⁴¹⁶. Dans la décision d'irrecevabilité *Balbontin c/ Royaume-Uni* du 14 septembre 1999¹⁴¹⁷, la Cour a confirmé l'interprétation des juridictions nationales selon laquelle même l'octroi par celles-ci de la responsabilité parentale au requérant non marié postérieurement au déplacement de l'enfant du territoire du Royaume-Uni n'aurait pas rendu rétroactivement illicite pour autant le déplacement de l'enfant.

¹⁴¹¹ Nous soulignons.

¹⁴¹² *Monory c/ Roumanie et Hongrie* du 5 avril 2005, req. n° 77099/01, § 76.

¹⁴¹³ *Rouiller c/ Suisse* du 22 juillet 2014, req. n° 3592/08 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *RJPF* 2014, p. 22, obs. S. Godechot-Patris.

¹⁴¹⁴ *Rouiller c/ Suisse*, préc., § 61.

¹⁴¹⁵ *Guichard c/ France* du 2 septembre 2003, req. n° 56838/00 : *Dr. fam.* 2004, n° 6, p. 26, obs. A. Gouttenoire.

¹⁴¹⁶ Dans le même sens, CJUE, 5 octobre 2010, aff. C-400/10 PPU, *J. McB c/ L.E.* : *Dr. fam.* 2011, comm. 50, note M. Farge ; *Europe* 2010, comm. 405, obs. C. Nourissat ; *D.* 2010, p. 2516, obs. I. Gallmeister ; *AJ fam.* 2010, p. 482, obs. A. Bioché ; *RTD civ.* 2010, p. 748, obs. P. Remy-Corley et 2011, p. 115, obs. J. Hauser ; *RTD eur.* 2010, p. 927, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ; *D.* 2011, pan., p. 1374, obs. F. Jault-Seseke.

¹⁴¹⁷ *Balbontin c/ Royaume-Uni* du 14 septembre 1999, req. n° 39067/97 : *AJ fam.*, 2015, p. 59, obs. E. Viganotti.

B. Les obligations positives

496 Retour immédiat. La Convention de La Haye prévoit une procédure simple et rapide qui part de l'idée selon laquelle, le déplacement d'un enfant hors du pays de sa résidence habituelle en violation d'un droit de garde ou son non-retour, est considéré comme illicite et doit être mis fin le plus rapidement possible. La Cour, dans son affaire *Hromadka et Hromadkova c/ Russie* du 11 décembre 2014¹⁴¹⁸, affirme que la jouissance de la présence réciproque de chacun (père/enfant) constitue un élément fondamental de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention. En conséquence, les Etats doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour réunir l'enfant et le parent à qui il a été enlevé au mépris des droits de ce dernier, pour mettre fin à l'atteindre au droit au respect de la vie familiale.

497 Obligations positives. Saisie par les parents victimes des déplacements illicites d'enfants, la Cour européenne contrôle l'attitude des autorités nationales en recourant à la technique des obligations positives consacrée par l'arrêt *Ignacollo-Zenide c/ Roumanie* du 25 janvier 2000¹⁴¹⁹. Ainsi, dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention de La Haye, la Cour estime que les obligation positives à la charge de l'Etat doivent s'interpréter à la lumière de l'article 7 de cette Convention dressant la liste des mesures à prendre pour assurer le retour immédiat de l'enfant¹⁴²⁰.

498 Obligation de moyen. La Cour systématise la notion d'obligations positives¹⁴²¹, en affirmant qu'il « appartient à chaque État contractant de se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombent en vertu de l'article 8 de la Convention »¹⁴²² et que « le point décisif consiste à savoir si les autorités nationales ont pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles »¹⁴²³. Dans l'affaire *Sylvester c/ Autriche* du 24 avril 2003¹⁴²⁴, les juridictions autrichiennes n'avaient pas fait en sorte de prendre les mesures nécessaires à l'exécution de la décision de retour et les délais imposés par les

¹⁴¹⁸ *Hromadka et Hromadkova c/ Russie* du 11 décembre 2014, req. n° 22909/10.

¹⁴¹⁹ *Ignacollo-Zenide c/ Roumanie* du 25 janvier 2000, req. n° 31679/96, § 102 : *JCP G* 2001. I. 291, chron. F. Sudre ; *JDI* 2001, n°1, p. 161 ; *RTD Civ.* 2001, n° 2, p. 439, obs. J-P. Marguénaud ; *Dr. famille* 2002, n° 1, p. 11, obs. S. Grataloup ; *Maire c/ Portugal* du 26 juin 2003, req. n° 48206/99, § 74 : *Europe* 2003, n° 8, p. 32, obs. N. Deffains ; *LPA* 2004, n° 113, p. 10.

¹⁴²⁰ *Ignacollo-Zenide c/ Roumanie*, préc.

¹⁴²¹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 134.

¹⁴²² *Ignacollo-Zenide c/ Roumanie*, préc., § 108.

¹⁴²³ *Ignacollo-Zenide c/ Roumanie*, préc., § 96 ; *Maire c/ Portugal*, préc., § 73.

¹⁴²⁴ *Sylvester c/ Autriche* du 24 avril 2003, req. n° 36812/97 et 40104/98.

juridictions autrichiennes avaient finalement rendu le retour impossible. Dans cette affaire, la Cour européenne estime que, même si le changement concernant les faits d'une affaire pouvait exceptionnellement justifier l'inexécution d'une décision de retour, le changement concerné ne devait pas être invoqué du fait d'une carence de l'Etat à prendre toutes les mesures raisonnablement attendues pour faciliter l'exécution de la décision de retour. En l'espèce, le tribunal autrichien avait manqué à prendre sans retard les mesures raisonnablement attendues pour exécuter la décision de retour et avait donc violé le droit du parent demandeur au respect de sa vie familiale de l'article 8 de la Convention.

499 Obligation de célérité. La Cour européenne considère qu'une fois les conditions d'application de la Convention de La Haye réunies, il faut « revenir au plus vite au *statu quo ante* en vue d'éviter la consolidation juridique de situations de fait initialement illicites, [...] »¹⁴²⁵. La Cour considère que « dans ce genre d'affaires, le caractère adéquat d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui »¹⁴²⁶. Elle impose donc aux Etats une obligation particulière de célérité dans le cadre des enlèvements d'enfants fondée sur l'article 8 de la Convention¹⁴²⁷.

500 Procédure d'urgence. L'examen de l'affaire avec célérité est essentiel pour une bonne application de la Convention de La Haye qui dans son article 11, impose aux juridictions de l'Etat refuge de l'enfant de statuer dans un délai de six semaines, à compter de leur saisine. Tout en admettant que le délai de six semaines fixé par la Convention de La Haye ne doit pas être interprété de manière trop stricte, le retard excessif dans la prise d'une décision ordonnant le retour de l'enfant est condamné sur le fondement de l'article 8 de la Convention¹⁴²⁸. En dernier lieu, dans l'arrêt *Phostira Efthymiou et Ribeiro Fernandes c/ Portugal*, la Cour a jugé que le délai est considéré excessif lorsque la procédure a duré un an et six mois et vingt jours pour trois degrés de

¹⁴²⁵ *Maumousseau et Washington c/ France*, préc., § 69 ; *Macready c/ République tchèque*, préc., § 62.

¹⁴²⁶ *Carlson c/ Suisse* du 6 novembre 2008, req. n° 49492/06, §. 74.

¹⁴²⁷ *GACEDH*, n° 52.

¹⁴²⁸ *Maire c/ Portugal* du 26 juin 2003, req. n° 48206/99 ; *Sylvester c/ Autriche* du 24 avril 2003, req. n° 36812/97 et 40104/98 ; *Leschiutta et Fraccaro c/ Belgique* du 17 juillet 2008, req. n° 58081/00 et 58411/00 ; *Dore c/ Portugal* du 1^{er} février 2011, req. n° 775/08 ; *Karoussiotis c/ Portugal* du 1^{er} février 2011, req. n° 23205/08 ; *Özmen c/ Turquie* du 4 décembre 2012, req. n° 28110/08 ; *Karrer c/ Roumanie* du 21 février 2012, req. n° 16965/10 ; *Blaga c/ Roumanie* du 1^{er} juillet 2014, req. n° 54443/10.

juridictions, délai ne pouvant nullement être imputé à la requérante, qui a fait un usage normal des voies de recours que lui ouvrait le droit interne et ne peut être tenue responsable de la durée de la procédure¹⁴²⁹. Dans l'arrêt *K.J. c/ Pologne* du 1^{er} mars 2016¹⁴³⁰, la Cour soulignant que la procédure nationale a duré un an et qu'aucune explication n'a été donnée pour justifier ce délai, considère sur le fondement de l'article 8 que l'obligation particulière de célérité spécifique à certaines contentieux dont les déplacements illicites d'enfants, n'a pas été respectée. Dans l'arrêt *Blaga c/ Roumanie* du 7 juillet 2014¹⁴³¹, la Cour a choisi de fonder sa condamnation sur l'article 6 § 1 de la Convention en raison du retard dans le processus décisionnel.

501 Interdiction de statuer sur le fond du droit de garde. Rappelant que l'article 16 de la Convention de La Haye commande aux juridictions nationales de suspendre la procédure sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit statué sur le retour de l'enfant, la Cour européenne a condamné la Turquie dans l'arrêt *Özman c/ Turquie* du 4 décembre 2012¹⁴³², pour avoir manifestement méconnu les obligations découlant de cet article en donnant l'autorité parentale à la mère de l'enfant ayant réalisée l'enlèvement. La Cour soulignant qu'en l'espèce le tribunal de la famille a rendu la décision attribuant l'autorité parentale à la mère alors même qu'il était informé de la décision de retour de l'enfant en Australie. La position de la Cour européenne est ainsi en accord avec celle de la Cour de justice de l'Union européen qui considère dans l'affaire *Doris Povse c/ Mauro Alpage* du 1^{er} juillet 2010¹⁴³³ qu'il est exclu d'imposer que soit rendue, préalablement au retour de l'enfant une décision statuant sur le fond du droit de garde.

502 Procès équitable. La Cour estime qu'elle doit s'assurer que le processus décisionnel ayant conduit les juridictions nationales à prendre la mesure litigieuse a été équitable et qu'il a permis aux intéressés de faire valoir pleinement leurs droits et ce, dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁴³⁴. Sur le fondement de l'article 8 de la Convention, La Cour européenne conclut dans l'affaire *Dore c/ Portugal* du 1^{er} février 2011 à la violation du droit au respect de la vie familiale du père de l'enfant enlevé au

¹⁴²⁹ *Phostira Efthymiou et Ribeiro Fernandes c/ Portugal*, préc., § 52.

¹⁴³⁰ *K.J. c/ Pologne* du 1^{er} mars 2016, req. n° 30813/14 : *Dr. fam.* 2016, n° 4, alerte 36, note J. Couard.

¹⁴³¹ *Blaga c/ Roumanie* du 7 juillet 2014, req. n° 54443/10.

¹⁴³² *Özman c/ Turquie*, préc.

¹⁴³³ CJUE, 1^{er} juillet 2010, aff. C-211/10, *Doris Povse c/ Mauro Alpage*, pts 51 et s. : *RTD civ.* 2010, p. 748, obs. P. Remy-Corley ; *AJ fam.* 2010, p. 482, obs. A. Bioché ; *RTD eur.* 2010, p. 927, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchart ; *D.* 2011, pan., p. 1374, obs. F. Jault-Seseke.

¹⁴³⁴ *X. c/ Lettonie*, préc., § 104.

motif qu'il n'a pas été ni entendu, ni même informé de la tenue de l'audience à l'issue de laquelle le juge a rejeté la demande de retour de l'enfant¹⁴³⁵. Dans l'affaire *Lopez Guio c/ Slovaquie* du 3 juin 2014¹⁴³⁶, la Cour a estimé que le droit au respect de la vie familiale du parent victime du déplacement illicite a subi une atteinte excessive dès lors qu'il a été empêché d'intervenir dans la procédure engagée par la mère qui a abouti à l'annulation de la décision de retour. La Cour a souligné qu'en l'espèce, le requérant n'était pas partie à la procédure devant la Cour constitutionnelle et n'avait pas qualité pour ester devant elle et qu'il n'avait d'ailleurs aucun moyen officiel d'être informé de cette procédure.

503 Exécution rapide de la décision de retour. La Cour européenne exige de la part des Etats une exécution rapide de la décision ordonnant le retour. L'affaire *Ignacolo-Zenide c/ Roumanie*¹⁴³⁷ concerne l'inexécution par les autorités roumaines d'une décision judiciaire ordonnant la restitution par le père (roumain) de ses deux enfants à la mère (française), dont il était divorcé. La Cour, en rappelant que les procédures relatives à l'autorité parentale exigent un traitement urgent, considère que les autorités roumaines ont « omis de déployer des efforts adéquats et suffisants » pour faire respecter le droit de la requérante au retour de ses enfants. La Suisse est également condamnée par la Cour dans l'affaire *Carlson* en raison de la longueur de sa procédure de retour, notamment en instance d'appel¹⁴³⁸. Le retard est également condamné, et ce même malgré l'absence de coopération de la mère de l'enfant¹⁴³⁹. De même, dans l'affaire *Özman c/ Turquie* du 4 décembre 2012¹⁴⁴⁰, la Cour condamne la Turquie en raison du manque de célérité de la procédure même si le comportement de la mère a contribué à ce retard.

504 Exigence de préparatifs. Le retour de l'enfant ne doit pas se faire dans certains cas sans préparatifs. Ainsi, la Cour condamne la Roumanie dans l'arrêt *Ignacolo-Zenide c/ Roumanie*, car en ne préparant pas psychologiquement les enfants à leur première entrevue avec leur mère après 7 ans de séparation, « les autorités n'ont pas adopté les mesures propres à assurer le retour des enfants auprès de la requérante

¹⁴³⁵ *Dore c/ Portugal*, préc. ; dans le même sens, *Karrer c/ Roumanie*, préc.

¹⁴³⁶ *Lopez Guio c/ Slovaquie* du 3 juin 2014, req. n° 10280/12 : *JCP G* 2014, 1414, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire.

¹⁴³⁷ *Ignacolo-Zenide c/ Roumanie*, préc.,

¹⁴³⁸ *Carlson c/ Suisse*, préc.

¹⁴³⁹ *Sylvester c/ Autriche*, préc.

¹⁴⁴⁰ *Özman c/ Turquie* du 4 décembre 2012, req. n° 28110/08.

énumérées à l'article 7 de la Convention de La Haye »¹⁴⁴¹. L'exigence de préparatifs peut se traduire également par une obligation d'organiser des visites entre l'enfant et le parent victime de l'enlèvement pendant la procédure. Dans l'affaire *Bianchi c/ Suisse* du 22 juin 2006¹⁴⁴², la Cour reproche aux autorités suisses de ne pas avoir ordonné de droit de visite au bénéfice du père de l'enfant. Selon elle, « cette passivité est à l'origine de la rupture totale des relations entre l'enfant et son père, qui dure depuis près de deux ans et qui comporte, vu le très jeune âge de l'enfant, le risque d'une "aliénation" croissante entre les deux, aliénation qui n'est aucunement à considérer comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁴⁴³.

505 Obligation de localiser l'enfant. En vertu de l'article 7 a) de la Convention de La Haye, il incombe aux Autorités centrales de coopérer entre elles et de collaborer avec les autres autorités compétentes pour assurer le retour immédiat de l'enfant. Pour ce faire, elles doivent, soit directement, soit avec le concours de tout intermédiaire, prendre les mesures appropriées pour localiser un enfant déplacé ou retenu illicitement¹⁴⁴⁴. Tout en admettant que les difficultés rencontrées pour localiser l'enfant peuvent essentiellement être imputables au comportement du parent ravisseur, la Cour a considéré dans l'affaire *Maire c/ Portugal* du 26 juin 2003¹⁴⁴⁵, que les autorités portugaises n'ont pas déployé les efforts adéquats et suffisants pour retrouver l'enfant, lorsque celui-ci n'a été retrouvé que trois ans et six mois après que les autorités françaises aient agi auprès du ministère de la Justice portugais. La Cour a condamné l'Autriche dans l'affaire *Sylvester c/ Autriche* du 24 avril 2003¹⁴⁴⁶ pour n'avoir pris aucune mesure pour localiser l'enfant après le déménagement de la mère et de l'enfant à la suite d'une tentative d'exécution manquée. Dans l'affaire *Igleslas Gil et A.U.I. c/ Espagne* du 29 avril 2003¹⁴⁴⁷, le refus de délivrer un mandat de recherche et d'arrêt international à l'encontre du père ravisseur est condamné, même si ce refus reposait, selon la Cour, sur l'insuffisance de la législation espagnole. A ce propos, elle observe

¹⁴⁴¹ *Ignacolo-Zenide c/ Roumanie*, préc., § 113.

¹⁴⁴² *Bianchi c/ Suisse* du 22 juin 2006, req. n° 7548/04, § 93.

¹⁴⁴³ Dans le même sens, voir *Macready c/ République tchèque*, préc.

¹⁴⁴⁴ Voir en dernier lieu, *Hromadka et Hromadkova c/ Russie* du 11 décembre 2014, req. n° 22909/10 : *AJ fam.* 2015, p. 59, obs. E. Viganotti ; *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire.

¹⁴⁴⁵ *Maire c/ Portugal*, préc.

¹⁴⁴⁶ *Sylvester c/ Autriche* du 24 avril 2003, req. n° 36812/97 et 40104/98.

¹⁴⁴⁷ *Igleslas Gil et A.U.I. c/ Espagne*, préc.

que depuis les faits litigieux le législateur est intervenu et a renforcé l'arsenal pénal relatif à la soustraction d'enfant¹⁴⁴⁸.

506 Remise volontaire de l'enfant. Soulignant que l'article 7 de la Convention de La Haye met l'accent sur la nécessité de rechercher une solution amiable, la Cour européenne admet dans l'affaire *Raw et autres c/ France* du 7 mars 2003¹⁴⁴⁹ qu'il n'était pas critiquable que les autorités françaises aient choisi de privilégier la voie de la coopération et de la négociation et aient refusé le recours à la force publique¹⁴⁵⁰.

507 Recours aux mesures coercitives à l'encontre des enfants. Selon la Cour, une obligation pour les autorités nationales de recourir à la coercition ne saurait être que limitée et il faut tenir compte des droits et libertés de toutes les personnes concernées, et notamment de l'intérêt supérieur de l'enfant s'opposant en règle générale à ce que des mesures coercitives soient prises à son encontre¹⁴⁵¹. Dans l'affaire *Raw et autres c/ France*, la Cour estime que l'intérêt supérieur des enfants gravement troublés par la situation s'oppose en règle générale à ce que les mesures coercitives soient prises à leur encontre¹⁴⁵². Toutefois, dans l'affaire *Maumousseau et Washington c/ France*¹⁴⁵³, rappelant que si des mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas, en principe, souhaitables, la Cour a admis que face au comportement obstructif de la mère, l'intervention de la force publique dans le cas d'espèce, sous l'autorité et en présence du procureur de la République, n'a pas enfreint l'article 8 de la Convention. Il faut se garder de déduire de l'affaire *Maumousseau*, une obligation absolue de procéder à l'exécution forcée de la décision de retour, la Cour exigeant qu'un juste équilibre soit ménagé en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

508 Recours aux mesures coercitives à l'encontre des parents. La Cour européenne exige que des mesures coercitives soient prises à l'encontre des parents auteurs de l'enlèvement. Pour condamner la Roumanie dans l'affaire *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, la Cour a relevé que les autorités roumaines n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires en se contentant d'envoyer de temps en temps un huissier, en ne prenant aucune sanction à l'encontre du père au motif que le droit interne ne le permet

¹⁴⁴⁸ *Iglesias Gil et A.U.I. c/ Espagne*, préc., §§ 61 et 33 à 36.

¹⁴⁴⁹ *Raw et autres c/ France* du 7 mars 2003, req. n° 10131/11 : *Dr. fam.* 2013, comm. 55, obs. F. Creux-Thomas ; *Dr. fam.* 2014, étude 12, obs. A. Gouttenoire.

¹⁴⁵⁰ *Raw et autres c/ France*, préc., § 93.

¹⁴⁵¹ *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, préc., § 106 ; *Maire c/ Portugal*, préc., § 76.

¹⁴⁵² *Raw et autres c/ France*, préc., § 93.

¹⁴⁵³ *Maumousseau et Washington c/ France*, préc.

pas¹⁴⁵⁴. Dans l'affaire *Shaw c/ Hongrie* du 26 juillet 2011¹⁴⁵⁵, la Cour a condamné le manque de diligence des autorités de l'Etat refuge qui se contentaient d'infligé une amende d'un montant limité à la mère de l'enfant. Celle-ci, une fois arrêtée, a été libérée le lendemain, lui permettant de s'enfuir avec l'enfant. Dans l'affaire *Raw et autres c/ France*, la Cour a estimé que si l'intérêt supérieur de l'enfant s'oppose à ce que les mesures coercitives soient prises à l'encontre des enfants, des mesures de cette nature auraient pu être prises à l'encontre de leur père¹⁴⁵⁶.

509 Passage du temps défavorable au retour de l'enfant. Dans certains arrêts, la Cour constate que la longue période écoulée avant que l'enfant ne soit retrouvé crée une situation de fait défavorable au requérant et elle admet que l'intérêt de l'enfant conduit à entériner ladite situation de fait, même si celle-ci trouve son origine dans un déplacement illicite du mineur¹⁴⁵⁷. C'est pourquoi la Cour estime dans l'affaire *K.J. c/ Pologne* que, dès lors que l'enfant vit avec sa mère en Pologne depuis plus de trois ans et demi, rien ne permet d'interpréter cet arrêt comme obligeant la Pologne à prendre des mesures afin que soit ordonner le retour de l'enfant au Royaume-Uni¹⁴⁵⁸. Toutefois, et de manière quelque peu paradoxale, la Cour européenne considère dans le même temps que la longue période écoulée entre l'enregistrement de la demande de retour de l'enfant formée par le père et la date de la décision finale crée une situation de fait défavorable au parent victime et que l'intérêt de l'enfant conduit à entériner ladite situation.

§ 2 : L'appréciation des exceptions au retour

510 Requêtes émanant des parents auteurs. Dans plusieurs arrêts, la Cour européenne est saisie par les parents auteurs de l'enlèvement, se plaignant du retour forcée de leurs enfants alors qu'ils avaient invoqué un motif de non-retour. La Cour admet que le retour forcé de l'enfant constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale du parent ravisseur¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁴ *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, préc.,

¹⁴⁵⁵ *Shaw c/ Hongrie* du 26 juillet 2011, req. n° 6457/09 ; dans le même sens, *Cavani c/ Hongrie* du 28 octobre 2014, req. n° 5493/13.

¹⁴⁵⁶ *Raw et autres c/ France*, préc., § 93.

¹⁴⁵⁷ *Maire c/ Portugal*, préc. ; *Sylvester c/ Autriche*, préc.

¹⁴⁵⁸ *K.J. c/ Pologne*, préc., § 76.

¹⁴⁵⁹ Voir par exemple, *Maumousseau et Washington c/ France*, préc. ; *X. c/ Lettonie* du 13 décembre 2011, req. n° 27853/09, §§ 95 à 96 : *JDI* 2014, n°3/2014, p. 980, obs. V. Durand ; *JDI* 2014, n° 3/2014, p. 917, obs. J.-S. Bergé ; *RJPF* 2014, n° 2, p. 38, obs. F. Eudier ; *JCP G* 2014, n° 3, p. 106, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2013, n° 51, p. 2339, obs. G. Gonzalez ; *D.* 2013, n° 22, p. 1515, obs. J.-P. Jean.

511 Requêtes émanant des parents victimes. Face aux requêtes émanant des parents victimes de l'enlèvement se plaignant du refus de l'Etat refuge d'ordonner le retour, la Cour s'est d'abord placée sur le terrain de l'obligation positive pour examiner les exceptions au retour¹⁴⁶⁰. Mais depuis l'affaire *G.S. c/ Géorgie* du 21 juillet 2015¹⁴⁶¹, la Cour européenne a accepté de voir dans le refus d'ordonner le retour une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale du parent victime du déplacement illicite. Le choix de statuer sur ce terrain n'est pas anodin car il renforce le contrôle du juge européen¹⁴⁶². En effet, pour les ingérences actives, la démarche de la Cour consiste à vérifier que les ingérences sont excessives eu égard au but d'intérêt général poursuivi. A l'inverse, l'étendue de l'obligation positive mise à la charge de l'Etat dépend des circonstances de l'affaire et de la nécessité d'interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités nationales un fardeau insupportable ou excessif¹⁴⁶³.

512 Proportionnalité de l'ingérence. Le juge européen admet que le refus d'ordonner le retour de l'enfant est fondé sur la Convention de La Haye, incorporée au droit interne, et qu'il poursuit le but légitime visant à protéger les droits et libertés de l'enfant et éventuellement de son parent ravisseur. S'agissant de la recherche de la proportionnalité de l'ingérence, le point décisif consiste à savoir si le juste équilibre entre les intérêts concurrents présents a été ménagé dans les limites de la marge d'appréciation de l'Etat, en tenant compte de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération déterminante.

513 Appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Considérant qu'il découle directement de l'article 8 de la Convention et de la Convention de La Haye que le retour de l'enfant ne saurait être ordonné de façon automatique ou mécanique¹⁴⁶⁴, la Cour estime que dans le cadre d'une demande de retour faite en application de la Convention

¹⁴⁶⁰ Voir par exemple, *Koons c/ Italie* du 30 septembre 2008, req. n° 68183/01 ; *Blaga c/ Roumanie* du 7 juillet 2014, req. n° 54443/10, § 80 : *AJ fam.* 2014, p. 507, obs. E. Viganotti ; *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire.

¹⁴⁶¹ *G.S. c/ Géorgie* du 21 juillet 2015, req. n° 2361/13 : *RLDC* 2015, n° 130, p. 40, obs. M. Desolneux ; Dans le même sens, *Henrioud c/ France* du 5 novembre 2015, req. n° 21444/11 : *RJPF* 2016, n°2, p. 18, obs. E. Putman ; *JCP G* 2015, 1333, p. 2229, obs. A. Gouttenoire ; *K.J. c/ Pologne* du 1^{er} mars 2016, req. n° 30813/14 : *Dr. fam.* 2016, n° 4, alerte 36, note J. Couard.

¹⁴⁶² F. Sudre (dir.), *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Puf, « Thémis », 7^e éd., 2014, n° 2, p. 19.

¹⁴⁶³ *Osman c/ Royaume-Uni*, préc.

¹⁴⁶⁴ *Maumousseau et Washington c/ France*, préc., § 72 ; *Neulinger et Shuruk c/ Suisse* du 6 juillet 2010, req. n°41615/07, § 138 : *JCP G* 2010, n° 30, p. 1520, obs. B. Pastre-Belda ; *RTD Civ.* 2010, n° 4, p. 735, obs. J-P. Marguénaud ; *RTDE* 2010, n° 4, p. 927 ; *JCP G* 2011, n° 4, p. 182, obs. F. Sudre ; *D.* 2011, n° 20, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke.préc.

de La Haye, la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant doit s'apprécier à la lumière des exceptions prévues par la Convention de La Haye¹⁴⁶⁵.

514 Différentes exceptions au retour. Selon l'article 12 de la Convention de La Haye, les autorités compétentes de l'Etat refuge ne sont pas tenues d'ordonner le retour de l'enfant en raison de l'écoulement du temps en démontrant que l'enfant a passé au moins un an dans cet Etat lorsque la demande de retour est introduite devant eux et que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu. Selon l'article 13 a) de la Convention de La Haye, le retour de l'enfant peut être refusé lorsque le parent dont le droit de garde a été méconnu par l'enlèvement a acquiescé ou consenti postérieurement au déplacement ou au non-retour de l'enfant¹⁴⁶⁶. Le retour peut également être refusé aux termes de l'article 20 de la Convention de La Haye en raison du non respect des principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

515 Article 13 b) de la Convention de La Haye. Considéré comme un véritable « talon d'Achille de la Convention »¹⁴⁶⁷, le motif de non-retour issu de l'article 13 b) est le plus fréquemment invoqué par le parent auteur du déplacement illicite. Aux termes de cet article, un Etat n'est pas tenu d'ordonner le retour de l'enfant lorsqu'il est établi qu'il existe un « risque grave » que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou, de toute autre manière, ne le place dans une situation intolérable (A). L'article prévoit également que le retour peut être refusé lorsque l'enfant lui-même fait opposition à son retour (B.).

A. Le non-retour motivé par l'existence d'un « risque grave »

516 Etendue du pouvoir d'appréciation du juge de l'Etat refuge. Sous couvert d'une « interprétation harmonieuses de la Convention et de la Convention de La Haye », la Grande Chambre, avec son arrêt *X. c/ Lettonie* du 13 décembre 2011¹⁴⁶⁸, est venue corriger sa jurisprudence antérieure, tendant à permettre, voire à imposer, l'appréciation par les juges internes de l'opportunité du retour de l'enfant au regard de

¹⁴⁶⁵ *X. c/ Lettonie*, préc., § 101.

¹⁴⁶⁶ Voir *Henrioud c/ France*, préc. : L'affaire concerne l'acquiescement par le père au déplacement de l'enfant.

¹⁴⁶⁷ H. Fulchiron, « La lutte contre les enlèvements d'enfants », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. Fulchiron (dir.), *Dalloz*, 2005, p. 228 et s.

¹⁴⁶⁸ *X. c/ Lettonie* du 13 décembre 2011, req. n° 27853/09 : *JDI* 2014, n°3/2014, p. 980, obs. V. Durand ; *JDI* 2014, n° 3/2014, p. 917, obs. J.-S. Bergé ; *RJPF* 2014, n° 2, p. 38, obs. F. Eudier ; *JCP G* 2014, n° 3, p. 106, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2013, n° 51, p. 2339, obs. G. Gonzalez ; *D.* 2013, n° 22, p. 1515, obs. J.-P. Jean.

son intérêt supérieur (1°). Depuis l'arrêt *X. c/ Lettonie*, la Cour réduit considérablement l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge de l'Etat refuge qui doit désormais apprécier les exceptions au retour strictement sous l'angle procédural (2°).

1° L'obligation d'apprécier l'opportunité du retour

517 Opportunité du retour et examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale. C'est l'arrêt *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, rendu par la Grande Chambre le 6 juillet 2010¹⁴⁶⁹, qui a inauguré la jurisprudence de la Cour imposant au juge de l'Etat refuge une obligation d'apprécier l'opportunité du retour de l'enfant dans son Etat d'origine. Dans cet arrêt, la mère avait quitté Israël pour la Suisse avec son fils, en raison de la nature menaçant du comportement du père de l'enfant, celui-ci vivant dans une communauté ultraorthodoxe et pratiquant un prosélytisme intense. Le tribunal fédéral suisse a ordonné le retour de l'enfant en Israël mais la décision n'a pas été exécutée. La Grande Chambre, insistant particulièrement sur « l'intérêt supérieur de l'enfant que doit constituer la considération déterminante »¹⁴⁷⁰, a estimé qu'elle devait vérifier si les juridictions nationales, se sont livrées à un *examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale* pour déterminer quelle était *la meilleure solution* pour l'enfant enlevé dans le cadre d'une demande de retour dans son pays d'origine¹⁴⁷¹.

518 Modification des circonstances survenue après l'ordre de retour. En se référant à l'exception au retour prévue à l'article 12 de la Convention de La Haye et à l'affaire *Maslov c/ Autriche* du 23 juin 2008¹⁴⁷² relative à l'expulsion du mineur étranger délinquant, la Cour a estimé que pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence, il fallait tenir compte aussi des développements qui se sont produits depuis la décision ordonnant le retour de l'enfant et qu'elle devait se placer au moment de l'exécution de la mesure litigieuse¹⁴⁷³. Alors qu'elle avait considéré dans l'arrêt *Maumousseau et Washington c/ France* que l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de l'application de la Convention de La Haye devait être entendu comme « sa

¹⁴⁶⁹ *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, préc.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*, §§ 134 à 138.

¹⁴⁷¹ *Ibid.*, § 139, nous soulignons.

¹⁴⁷² *Maslov c/ Autriche* du 23 juin 2008, req. n° 1638/03, § 91 : *JCP G* 2008, n° 30, p. 25, obs. F. Sudre ; *Dr. Pen.* 2009, n° 4, p. 16, obs. E. Dreyer ; *RTDH* 2009, n° 40, p. 1091, obs. G. de Beco ; *AJP* 2009, p. 17, obs. I. Berro-Lefèvre ; *JCP A* 2009, n° 9, 2037.

¹⁴⁷³ *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, préc., § 145.

réintégration immédiate dans son milieu de vie habituel »¹⁴⁷⁴, dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk*, elle a admis que l'exécution de l'ordre de retour « si celle-ci intervient un certain temps après l'enlèvement de l'enfant, cela peut affecter notamment la pertinence en la matière de la Convention de La Haye »¹⁴⁷⁵.

519 Raisonement inversé. Pour conclure qu'il y aurait violation de l'article 8 dans le chef de la mère et de son fils si la décision ordonnant le retour en Israël du second était exécutée, plusieurs arguments, ont été mobilisés. Toutefois, au lieu d'apprécier l'existence d'un « risque grave » dans le cas d'espèce, la Cour a considéré que « le trouble important que le retour forcé du requérant risque de provoquer dans son esprit doit être pesé par rapport au bénéfice qu'il est susceptible d'en tirer »¹⁴⁷⁶. Dans ces conditions, en prenant en considération l'intégration de l'enfant en Suisse où il vit depuis cinq ans, le comportement de son père, les capacités de celui-ci de prendre soin de l'enfant compte tenu de son passé et du caractère limité de ses ressources financières, ainsi que les poursuites pénales auxquelles pourrait être exposées la mère de l'enfant, la Cour a estimé que le retour de l'enfant en Israël « ne saurait être considéré comme bénéfique » car contraire à son intérêt supérieur¹⁴⁷⁷.

520 Eloignement de la philosophie de la Convention de La Haye. Ainsi, d'après l'arrêt *Neulinger et Shuruk*, le retour ne devait pas être ordonné s'il ne constituait pas la meilleure solution pour l'enfant. Le Professeur Gouttenoire souligne que la position de la Cour dans cet arrêt « contrastait pour le moins avec une interprétation restrictive des exceptions au retour de l'enfant enlevé contenue jusque-là dans la jurisprudence européenne »¹⁴⁷⁸. Cette position a donc été critiquée pour venir vider la Convention de La Haye de son objet premier et valider le parent ayant commis un acte illicite¹⁴⁷⁹. Depuis l'affaire *Neulinger et Shuruk*, l'articulation entre les obligations issues de la Convention de La Haye et le respect du droit à la vie familiale consacré par l'article 8 de la Convention européenne se traduisait, par de nombreux arrêts condamnant les

¹⁴⁷⁴ *Maumousseau et Washington c/ France*, préc., § 75.

¹⁴⁷⁵ *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, préc., § 145.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*, § 148.

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, § 147 et 151.

¹⁴⁷⁸ A. Gouttenoire, « Les enlèvements internationaux d'enfants devant la Cour européenne des droits de l'homme : entre obligation positive et ingérence », préc., p. 72.

¹⁴⁷⁹ En ce sens, voir par exemple, A. Bioché, « La Cour strasbourgeoise a-t-elle décidé d'annihiler la Convention de La Haye ? », *AJ fam.* 2012, 97 ; A. Devers, « L'apport des droits européens à la lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants », in C. Gauthier, M. Gautier et A. Gouttenoire (dir.), *Mineurs et droits européens*, coll. « Droit européen », Pédone, 2012, p. 91.

décisions des Etats ordonnant le retour forcé de l'enfant. Dans l'arrêt *Sneersone et Kampanella c/ Italie* du 12 juillet 2011¹⁴⁸⁰, la Cour a reproché aux autorités italiennes de ne pas avoir pris en considération l'intérêt supérieur de l'enfant en ordonnant son retour en Italie auprès de son père. Concrètement, elle leur a reproché de ne pas avoir intégré le risque que la séparation de l'enfant avec sa mère ne lui cause des problèmes ou des troubles névrotiques¹⁴⁸¹ et de ne pas avoir cherché à savoir si le logement du père était adapté aux besoins de l'enfant¹⁴⁸². La solution de cet arrêt semble confirmer les craintes selon lesquelles le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant peut vraiment faire obstacle au retour immédiat de l'enfant, d'autant plus que le retour de l'enfant dans l'affaire *Sneersone et Kampanella* ne l'exposait pas à un danger caractérisé comme dans l'affaire *Neulinger et Shuruk*¹⁴⁸³. La Cour européenne est allée plus loin dans l'affaire *B. c/ Belgique* du 10 juillet 2012¹⁴⁸⁴ en considérant que le retour de l'enfant aux Etats-Unis « ne saurait être nécessaire dans une société démocratique ». Ce raisonnement « semble totalement inverser le raisonnement découlant de la Convention de la Haye » et « risque fort de fragiliser le dispositif de lutte contre les enlèvements d'enfant »¹⁴⁸⁵.

521 Déplacements intraeuropéens. La solution de l'arrêt *Sneersone et Kampanella* risquait de compromettre sérieusement le mécanisme de retour renforcé du Règlement Bruxelles II bis¹⁴⁸⁶ qui donne le dernier mot aux juridictions de l'Etat d'origine en prévoyant dans son article 11 § 8 que « nonobstant une décision de non-retour rendue en application de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980, toute décision ultérieure ordonnant le retour de l'enfant rendue par une juridiction compétente en vertu du présent règlement est exécutoire [...], en vue d'assurer le retour de l'enfant ». De plus, l'analyse de la Cour européenne était contraire à la position de la Cour de justice. Cette dernière souligne sa volonté d'interpréter cette disposition de manière stricte en affirmant que l'exécution de la décision ordonnant le retour rendue dans l'Etat d'origine « ne peut être refusée, dans l'Etat membre d'exécution, au motif

¹⁴⁸⁰ *Sneersone et Kampanella c/ Italie* du 12 juillet 2011, req. n° 14737/09 : *AJ fam.* 2011, p. 504, obs. M. Rouillard ; *Dr. fam.* 2011, alerte 83, obs. M. Bruggeman ; *Dr. fam.* 2012, étude 6, obs. A. Gouttenoire.

¹⁴⁸¹ *Sneersone et Kampanella c/ Italie*, préc., § 95.

¹⁴⁸² *Ibid.*

¹⁴⁸³ A. Gouttenoire, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6.

¹⁴⁸⁴ *B. c/ Belgique* du 10 juillet 2012, req. n° 60444/08 : *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.

¹⁴⁸⁵ A. Gouttenoire, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3.

¹⁴⁸⁶ En ce sens, A. Devers, « L'apport des droits européens à la lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants », préc. ; pour le développement sur ce point, voir *Supra*.

que, en raison d'une modification des circonstances survenue après son adoption, elle serait susceptible de porter gravement atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant. [...] »¹⁴⁸⁷. L'exécution d'une décision certifiée ne peut également être refusée même lorsque cette décision est rendue en violation des règles de communication des documents¹⁴⁸⁸ ou lorsque l'enfant n'aurait pas été entendu par les juridictions de l'Etat membre d'origine¹⁴⁸⁹. Avec sa décision d'irrecevabilité *Povse c/ Autriche* du 18 juin 2013¹⁴⁹⁰, la Cour européenne a finalement choisi la voie du compromis¹⁴⁹¹ en acceptant le principe de l'abolition de la procédure d'*exequatur*. Elle en précise également le corollaire : il revient aux tribunaux de l'Etat d'origine de protéger les droits fondamentaux des parties.

2° L'encadrement strictement procédural de l'appréciation des exceptions au retour

522 « **Obligation procédurale particulière** ». La Grande Chambre, dans l'affaire *X. c/ Lettonie* du 26 novembre 2013¹⁴⁹², est venue préciser et corriger la jurisprudence *Neulinger et Shuruk*. Dans cette affaire, une mère auteur de l'enlèvement estimait contraire à son droit au respect de la vie familiale la décision par laquelle le juge letton avait ordonné le retour de sa fille en Australie pour qu'elle y vive avec son père. La requérante soutenait que le retour de l'enfant en Australie serait contraire à son intérêt supérieur car selon les conclusions d'un psychologue, la séparation de l'enfant d'avec sa mère lui causerait un traumatisme psychologique. Elle faisait valoir également qu'elle serait incapable de subvenir financièrement aux besoins de sa fille en Australie. Dans cet arrêt, la Grande Chambre « estime opportun de clarifier » le fait que son arrêt *Neulinger et Shuruck* « ne pose en soi aucun principe pour l'application de la Convention de La Haye pour les juges nationaux »¹⁴⁹³ et n'exige donc pas du juge interne qu'il procède à un « examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale »¹⁴⁹⁴. La Cour européenne affirme seulement imposer aux juges de l'Etat refuge une « obligation procédurale particulière » consistant à examiner « l'allégation

¹⁴⁸⁷ CJUE, 1^{er} juillet 2010, aff. C-211/10, *Doris Povse c/ Mauro Alpago*, préc., pts 83.

¹⁴⁸⁸ CJUE, 11 juillet 2008, aff. C-195/08 PPU, *Rinau*.

¹⁴⁸⁹ CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga c/ Pelz*.

¹⁴⁹⁰ *Povse c/ Autriche* du 18 juin 2013, req. n° 3890/11 : *RCDIP* 2014, p. 303, obs. G. Cuniberti.

¹⁴⁹¹ En ce sens, voir D. Porcheron, « La jurisprudence des deux Cours européens (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfant : vers une relation de complémentarité ? », *JDI Clunet* 2015, n° 3, doct. 8.

¹⁴⁹² *X. c/ Lettonie*, préc.

¹⁴⁹³ *Ibid.*, § 105.

¹⁴⁹⁴ *Neulinger et Shuruck*, préc., § 139.

défendable de «risque grave» pour l'enfant en cas de retour » et à rendre sur cette question une « décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce »¹⁴⁹⁵.

523 Examen effectif des allégations défendables de «risque grave». Dans l'affaire *X. c/ Lettonie*, la condamnation se fondait sur le fait que le juge letton n'a pas examiné « effectivement » l'allégation, étayée par un certificat médical, de « risque grave » invoqué par la requérante en cas de séparation de l'enfant d'avec sa mère¹⁴⁹⁶. Dans le même sens, dans l'arrêt *G.S. c/ Géorgie* du 21 juillet 2015¹⁴⁹⁷, la Cour juge que l'examen par les tribunaux géorgiens des expertises et autres éléments de preuve présentés lors de la procédure de retour a été déficient. En particulier, lorsqu'ils ont défini l'intérêt supérieur de l'enfant, les tribunaux n'ont pas tenu compte des rapports établis par les travailleurs sociaux et le psychologue concluant que l'enfant souffre de l'absence de contact avec ses parents et qu'il « souffre d'une situation compliqué qui était quasiment incompréhensible pour lui ». Dans l'arrêt *K.J. c/ Pologne* du 1^{er} mars 2016¹⁴⁹⁸, la Cour observe que les juridictions nationales n'ont pas tenu compte d'une expertise psychologique affirmant que l'enfant était en bonne santé physique et psychologique, qu'elle éprouvait une affection comparable pour chacun de ses parents, qu'elle s'adaptait facilement à sa vie au Royaume-Uni et qu'elle considérait ce pays sur un pied d'égalité avec la Pologne.

524 Interprétation restrictive de «risque grave». Soulignant que le « risque grave » vise uniquement les situations qui vont au-delà de ce qu'un enfant peut raisonnablement supporter¹⁴⁹⁹ et doivent être d'interprétation stricte¹⁵⁰⁰, la Cour estime que le danger visé à l'article 13 b) de la Convention de La Haye ne doit pas être seulement constitué par la séparation d'avec le parent qui a procédé au déplacement ou au non-retour illicite. Cette séparation, même difficile pour l'enfant, ne serait pas automatiquement considérée comme constituant un « risque grave »¹⁵⁰¹. Dans l'affaire *K.J. c/ Pologne*¹⁵⁰², la Cour a souligné que l'intérêt supérieur de l'enfant, et non pas le

¹⁴⁹⁵ *X. c/ Lettonie*, préc., § 107.

¹⁴⁹⁶ Dans le même sens *Phostira Efthymou et Ribeiro Fernandes c/ Portugal* du 5 février 2015, req. n° 66775/11 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, A. Gouttenoire.

¹⁴⁹⁷ *G.S. c/ Géorgie*, préc.

¹⁴⁹⁸ J. Couard, « Enlèvement international d'enfant : la Pologne condamnée pour violation de l'article 8 de la Convention », *Dr. fam.* 2016, n° 4, alerte 36.

¹⁴⁹⁹ *X. c/ Lettonie*, préc.

¹⁵⁰⁰ *Maumousseau et Washington c/ France*, préc.

¹⁵⁰¹ *K.J. c/ Pologne*, préc., § 67 ; dans le même sens, *G.S. c/ Géorgie*, préc., § 56.

¹⁵⁰² *K.J. c/ Pologne*, préc.

choix du parent de son lieu de résidence, doit être le critère central dans l'appréciation des exceptions au retour. De plus, la Cour a constaté dans cet arrêt qu'il n'existait aucun obstacle objectif au retour de la mère au Royaume-Uni. Celle-ci ne serait pas privée de l'accès au territoire britannique ou risquerait des sanctions pénales à son retour¹⁵⁰³. Il ne semblait pas non plus que le père fût susceptible de l'empêcher de voir l'enfant au Royaume-Uni ou de chercher à la priver de son droit de garde.

525 Exclusion de l'appréciation au fond de l'affaire. En limitant le rôle des juges de l'Etat refuge à une « obligation procédurale particulière », il semble ainsi que la jurisprudence de la Cour, inauguré par l'affaire *X. c/ Lettonie* et suivi par ses décisions ultérieures comme l'affaire *Phostira Efthymou et Ribeiro Fernandes c/ Portugal* du 5 février 2015¹⁵⁰⁴ et l'affaire *Rouiller c/ Suisse* du 22 juillet 2014¹⁵⁰⁵, devient plus respectueuse de l'esprit de la Convention de La Haye. Cette décision amène également, semble-t-il, sa jurisprudence « vers une relation de complémentarité »¹⁵⁰⁶ avec celle de la Cour de Justice de l'Union Européenne visant à limiter le rôle des juges de l'Etat refuge¹⁵⁰⁷. Toutefois, certains auteurs trouvent que l'affaire *Phostira Efthymou et Ribeiro Fernandes* s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence *Neulinger et Shuruk*¹⁵⁰⁸ car la Cour a reproché aux juges internes pour ne pas avoir sollicité des informations sur la situation de l'enfant dans l'ancienne résidence habituelle, ni sur la situation du père à chypre notamment sur son éventuelle incapacité à prendre soin de l'enfant. A l'inverse, dans l'affaire *Ferrari c/ Roumanie* du 28 avril 2015¹⁵⁰⁹, la Cour a reproché à la Roumanie pour avoir annulé la décision de retour en raison de la situation du père et notamment sur son éventuelle incapacité à prendre soin de l'enfant¹⁵¹⁰. Selon E. Viganotti, « dans cette affaire, la Cour semble attacher davantage d'importance que par le passé à la différence substantielle existante entre la

¹⁵⁰³ Voir, *a contrario*, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, préc.

¹⁵⁰⁴ *Phostira Efthymou et Ribeiro Fernandes c/ Portugal*, préc.

¹⁵⁰⁵ *Rouiller c/ Suisse*, préc.

¹⁵⁰⁶ D. Porcheron, « La jurisprudence des deux Cours européens (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfant : vers une relation de complémentarité ? », *JDI Clunet* 2015, n° 3, doct. 8.

¹⁵⁰⁷ CJUE, 1^{er} juillet 2010, aff. C-211/10, *Doris Povse c/ Mauro Alpagó* : *RTD civ.* 2010, p. 748, obs. P. Remy-Corley ; *AJ fam.* 2010, p. 482, obs. A. Bioché ; *RTD eur.* 2010, p. 927, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ; *D.* 2011, pan., p. 1374, obs. F. Jault-Seseke.

¹⁵⁰⁸ E. Viganotti, « Enlèvement international d'enfant et droit au respect de la vie privée et familiale : deux arrêts de la CEDH », *Gaz. Pal.* 2015, n° 85, p. 19. ; Dans le même sens, D. Porcheron, « La jurisprudence des deux Cours européens (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfant : vers une relation de complémentarité ? », *JDI Clunet* 2015, n° 3, doct. 8.

¹⁵⁰⁹ *Ferrari c/ Roumanie* du 28 avril 2015, req. n° 1714/10.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*, § 52.

procédure de retour fondée sur la Convention de La Haye et la procédure au fond sur l'exercice de l'autorité parentale »¹⁵¹¹.

B. Le non-retour motivé par la volonté de l'enfant

526 Droit de veto assoupli. Le droit de l'enfant d'être entendu est de plus en plus renforcé notamment par différents textes internationaux¹⁵¹². La Convention de La Haye – lorsqu'elle précise, par son article 13 alinéa 2, que « l'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion » – semble octroyer à l'enfant un véritable *droit de veto*¹⁵¹³. Toutefois, l'effet de ce droit de veto est largement réduit par la jurisprudence de la Cour européenne adoptant une position restrictive, s'agissant de l'audition de l'enfant (1°) et de la prise en compte de la volonté de celui-ci (2°).

1° L'audition de l'enfant

527 Absence d'audition automatique. La Cour européenne part du principe selon lequel l'audition de l'enfant n'est pas obligatoire ni automatique. En effet, la Cour considère que ce serait allé trop loin que de dire que les tribunaux internes sont toujours tenus d'entendre un enfant en audience¹⁵¹⁴ au sujet du droit de visite ou de solliciter l'avis d'un psychologue¹⁵¹⁵. En effet, cela dépend des circonstances propres à l'affaire, notamment l'âge et la maturité de l'enfant. La Cour laisse ainsi les juges internes libres d'apprécier l'opportunité d'entendre le mineur. Le règlement Bruxelles II bis¹⁵¹⁶, s'il n'envisage pas l'audition automatique de l'enfant, lui a directement accordé la possibilité d'être entendu au cours de la procédure « à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité ».

¹⁵¹¹ E. Viganotti, « Vers un fléchissement de la jurisprudence de la CEDH en matière d'enlèvement international d'enfant ? », *AJfam.* 2015, p. 347.

¹⁵¹² L'article 12 de la CIDE ; l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; Pour le développement, voir *Supra*.

¹⁵¹³ A. Gouttenoire, « La parole de l'enfant enlevé », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, H. Fulchiron (dir.), Acte du Colloque organisé par le Centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, 2004, p. 349 et s.

¹⁵¹⁴ *Sahin c/ Allemagne*, préc., § 73.

¹⁵¹⁵ *Sommerfeld c/ Allemagne*, préc., § 71.

¹⁵¹⁶ Voir A. Gouttenoire, « L'audition de l'enfant dans le règlement « Bruxelles II bis » », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. Fulchiron (dir.), *Dalloz* 2005, p. 201 ; A. Richez-Pons, « La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe », *Dr. fam.* 2006, Acte de colloque organisé par le Centre de droit de la famille de Lyon le 25 novembre 2005, n° 32, p. 15 et s.

528 Enfants très jeunes. Partant du principe que le juge n'est toujours pas tenu d'entendre l'enfant, il est tout à fait logique que la Cour ne constate pas une violation de l'article 8 en cas d'absence d'audition d'un enfant très jeune. Elle a souligné qu'« il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celles des juridictions [internes] quant à l'adéquation d'un tel procédé délicat, ni de contrôler l'interprétation et l'application faites des dispositions des conventions internationales, en l'occurrence les articles 13 de la Convention de La Haye et 12 § 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant sauf en cas d'arbitraire »¹⁵¹⁷. Par conséquent, la Cour a estimé dans l'affaire *Eskinazi et Chelouche c/ Turquie* du 6 décembre 2005¹⁵¹⁸, comme dans l'affaire *Maumousseau et Washington c/ France*¹⁵¹⁹ que l'absence d'audition des enfants âgés de quatre ans n'emportait pas violation de l'article 8. Selon la Cour, « en tout état de cause, eu égard à l'âge de l'enfant, son audition pouvait apparaître en l'espèce comme non décisive »¹⁵²⁰.

2° La prise en compte de la volonté de l'enfant

529 Position restrictive. La Cour européenne a d'abord admis dans l'affaire *Sophia Gudrun Hansen c/ Turquie* du 23 septembre 2003 que l'avis de l'enfant enlevé ne peut être pris en compte que s'il est exprimé dans un contexte serein, excluant les pressions du parent auteur de l'enlèvement¹⁵²¹. Dans l'affaire *Raw c/ France* du 7 mars 2013¹⁵²², la Cour a précisé que « dans le cadre de l'application de la Convention de la Haye et du règlement de Bruxelles II bis, si le point de vue des enfants doit être pris en compte, leur opposition ne fait pas nécessairement obstacle à leur retour »¹⁵²³. Enfin, dans l'affaire *Blaga c/ Roumanie* du 7 juillet 2014¹⁵²⁴, la Cour a estimé qu'« il est évident que les juridictions internes sont appelées à prendre en compte d'autres aspects concernant les enfants avant de prendre une décision de non-retour ». Cette position va dans le même sens que celle de la Cour de justice. Celle-ci juge que l'opposition de

¹⁵¹⁷ *Eskinazi et Chelouche c/ Turquie* du 6 décembre 2005, req. n° 14600/05 : *Dr. fam.* 2006, comm. 44, note. F. Sudre

¹⁵¹⁸ *Ibid.*

¹⁵¹⁹ *Maumousseau et Washington c/ France*, préc., § 79.

¹⁵²⁰ *Ibid.*, § 80.

¹⁵²¹ *Sophia Gudrun Hansen c/ Turquie* du 23 septembre 2003, req. n° 36141/97.

¹⁵²² *Raw c/ France*, préc.

¹⁵²³ *Raw et autres c/ France*, préc., § 94.

¹⁵²⁴ *Blaga c/ Roumanie* du 7 juillet 2014, req. n° 54443/10, § 80 : *AJ fam.* 2014, p. 507, obs. E. Viganotti ; *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire.

l'enfant ne fait pas nécessairement obstacle à son retour, estimant que « tout en restant un droit de l'enfant, l'audition ne peut pas constituer une obligation absolue [pour le juge] mais doit faire l'objet d'une appréciation en fonction des exigences liées à l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque cas d'espèce [...] »¹⁵²⁵.

530 Age de l'enfant. Il est tout à fait compréhensible que la Cour européenne accorde un faible poids à l'opposition de retour provenant des enfants très jeune, d'autant plus que ceux-ci peuvent être « instrumentalisés » par le parent auteur de l'enlèvement. Par exemple, dans l'affaire *Bianchi c/ Suisse* du 22 juin 2006, la Cour relève que les réticences de l'enfant étaient essentiellement dues à la négligence des autorités compétentes de mettre en œuvre les mesures nécessaires pour faire exécuter la restitution de celui-ci ou, pour le moins, garantir un contact régulier entre lui et son père pendant la procédure pendante¹⁵²⁶. La Cour partage l'opinion du tribunal suisse selon laquelle « il était tout à fait normal que l'enfant, qui avait alors quatre ans et qui s'était trouvé pendant des mois sous l'influence exclusive de sa mère, se fût opposé à son retour en Italie »¹⁵²⁷. Dans l'affaire *Leschiutta et Fraccaro c/ Belgique* du 17 juillet 2008¹⁵²⁸, la Cour a reproché aux autorités internes pour avoir pris en compte l'avis des enfants. Selon elle, « en confortant les enfants dans leur refus de retourner vivre avec leur père respectif, la passivité des autorités, cumulée avec l'inexorable écoulement du temps, aurait pu être à l'origine de la rupture totale des relations enfant/père, rupture qui n'est aucunement à considérer comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». Il arrive que la Cour décide également de ne pas prendre en compte la volonté de l'enfant plus grand. Ainsi, dans l'affaire *Raw et autres c/ France* du 7 mars 2013¹⁵²⁹, le faible poids accordé à la volonté de l'enfant semble contestable, d'autant plus que l'enfant était âgé de quinze ans. Selon le Professeur Gouttenoire, « la sévérité de la Cour européenne à l'égard de la France semble en tout état de cause assez peu compréhensible » ; l'auteur estime également que « dans ces conditions, il nous semble que l'arrêt du 7 mars 2013 est plus fondé sur la volonté de conforter le dispositif de lutte

¹⁵²⁵ CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga c/ Pelz*, § 64.

¹⁵²⁶ *Bianchi c/ Suisse*, préc., § 96.

¹⁵²⁷ *Ibid.*

¹⁵²⁸ *Leschiutta et Fraccaro c/ Belgique* du 17 juillet 2008, req. n°58081/00 et 58411/00.

¹⁵²⁹ *Raw et autres c/ France*, préc.

contre les enlèvements internationaux d'enfant que sur une appréciation concrète du litige »¹⁵³⁰.

¹⁵³⁰ A. Gouttenoire, « Déplacement illicite d'enfant : la difficile conciliation de l'obligation au retour et du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Lexbase Hebdo édition privée générale*, 2013, n° 520.

Chapitre 2 : L'ingérence de l'Etat dans les relations parents-enfants

531 Plan. Rappelant que « pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale »¹⁵³¹, la Cour européenne considère que « [...] l'éclatement d'une famille constitue une ingérence très grave »¹⁵³² et de ce fait le souci de l'intérêt supérieur de l'enfant doit revêtir dans chaque cas une importance décisive »¹⁵³³. La Cour s'interroge sur le point de savoir si l'ingérence de l'Etat dans les relations parents-enfants est nécessaire et justifiée par sa proportionnalité. Dans la présente étude, l'analyse de la jurisprudence européenne se concentre, d'une part, sur l'hypothèse de la protection de l'enfant contre ses parents (Section 1) et d'autre part, sur l'hypothèse du maintien des relations parents-enfants face à la politique d'immigration (Section 2).

Section 1 : La protection de l'enfant contre ses parents

532 Notion de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans les affaires relatives aux relations parents-enfants, la Cour précise que l'intérêt de l'enfant présente un double aspect : d'un côté, il est certain que garantir aux enfants une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 ne saurait en aucune manière autoriser un parent à voir prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de ses enfants ; de l'autre côté, il est clair qu'il est tout autant dans l'intérêt de l'enfant que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans le cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne, comme affirme la Cour car « briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines »¹⁵³⁴. Dans le cadre de la protection de

¹⁵³¹ *Olsson n°1 c/ Suède* du 24 mars 1988, série A., n° 130 : *JDI* 1989, 789, obs. P. Tavernier.

¹⁵³² *Ibid.*, § 72.

¹⁵³³ *K. et T. c/ Finlande* du 12 juillet 2001, req. n° 25702/94, § 154 : *JCP G* 2002. I. 105, obs. F. Sudre.

¹⁵³⁴ *Gnahoré c/ France* du 19 septembre 2000, req. n° 40031/98, § 59.

l'enfant contre ses parents, la jurisprudence européenne offre aux enfants la protection substantielle (§ 1) et procédurale (§ 2).

§ 1 : La protection substantielle dans le cadre de la protection de l'enfant contre ses parents

533 Plan. Il existe trois hypothèses dans lesquelles l'Etat intervient pour protéger l'enfant contre ses parents : le placement de l'enfant (A.), l'adoption de l'enfant (B.) et la restriction et la suppression des droits parentaux (C.).

A. Le placement de l'enfant

534 Equilibre entre les intérêts de l'enfant. La jurisprudence de la Cour européenne est à l'origine d'une évolution de la procédure d'assistance éducative¹⁵³⁵. Si toutes les mesures prises dans le cadre de l'assistance éducative constitue une atteinte au droit au respect de la vie familiale des parents et de l'enfant, la mesure du placement est la plus grave et elle fait l'objet de l'essentiel de la jurisprudence de la Cour européenne en la matière. Selon le Professeur Gouttenoire, « en réalité, moins qu'un équilibre entre l'intérêt de l'enfant et les droits des parents, c'est l'équilibre entre l'intérêt de l'enfant d'être placé et l'intérêt de l'enfant à ne pas être séparé de ses parents qui fonde la décision du juge »¹⁵³⁶.

535 Exigence. De manière très claire, l'affaire *Vautier c/ France* du 26 novembre 2009¹⁵³⁷ pose comme modèle l'attitude requise des autorités nationales du début à la fin du déroulement de la mesure du placement et de l'équilibre recherché par la Cour européenne entre la protection de l'enfant et le respect des droits des parents. La Cour européenne estime que le placement dans le cas d'espèce était nécessaire en soulignant que le placement n'a été ordonné qu'après l'avis d'une expertise psychologique concluant à sa nécessité. Par ailleurs, la mesure a été précédée d'une mesure d'accompagnement en milieu familial¹⁵³⁸. La situation avait été régulièrement

¹⁵³⁵ Voir notamment, A. Gouttenoire, « 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*, F. Sudre (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 287.

¹⁵³⁶ A. Gouttenoire, « Droit de l'enfant. juin 2009 – mai 2010 », *D.* 2010, p. 1904.

¹⁵³⁷ *Vautier c/ France* du 26 novembre 2009, req. n° 28499/05 : *D.* 2010, n° 29, p. 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *Lexbase Hebdo – Edition privée générale*, n° 376, n° lexbase : N7120BMN, obs. A. Gouttenoire.

¹⁵³⁸ *Vautier c/ France*, préc., (§§ 67 à 68).

réexaminée¹⁵³⁹ et les contacts entre les enfants et leur mère avaient été maintenus de différentes manières¹⁵⁴⁰.

536 **Prise de décision et modalités.** Selon la Cour européenne, le placement de l'enfant constitue une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention et la Cour est amenée, à travers sa jurisprudence, à se prononcer sur la prise de décision du placement (1°), les modalités d'exécution (2°) et la fin de la mesure du placement (3°). Celle-ci doit prendre fin dès que la situation qui l'a justifiée s'est améliorée¹⁵⁴¹.

1° La prise de décision du placement

537 **Contrôle européen.** La Cour européenne, depuis l'arrêt *W. c/ Royaume-Uni* du 8 juillet 1987¹⁵⁴², considère que la mesure de placement n'est compatible avec la Convention que si elle est à la fois justifiée et nécessaire. Pour examiner la justification et la nécessité du placement, la Cour européenne utilise son raisonnement habituel consistant à vérifier si l'ingérence créée par la mesure du placement est prévue par la loi. La cour vérifie également si l'ingérence poursuit des buts légitimes et si elle est « nécessaire dans une société démocratique ».

538 **Base légale.** En ce qui concerne la condition tenant à la qualité de la loi, en ce domaine, la Cour accorde une large marge d'appréciation aux Etats membres et par conséquent, elle ne vérifie que de manière superficielle le respect de cette condition. Dans l'affaire *Bronda c/ Italie* du 9 juin 1998, la Cour considère qu'« [...] en la matière, il est impossible de formuler des règles juridiques d'une précision absolue ; de plus, des garanties contre les ingérences arbitraires résultent de ce que l'application de ces normes relève du contrôle des tribunaux »¹⁵⁴³. Autrement dit, la Cour considère qu'en matière d'assistance éducative, l'utilisation de termes généraux et l'octroi au juge d'un large pouvoir d'appréciation, en particulier pour la mise en œuvre des décisions de prise en charge, répondent à l'exigence de qualité de la loi¹⁵⁴⁴.

539 **But légitime.** Quant aux buts légitimes, si la Cour rappelle que la mesure d'assistance éducative doit toujours être justifiée par un but légitime constitué par

¹⁵³⁹ *Vautier c/ France*, préc., § 71.

¹⁵⁴⁰ *Ibid*, §§ 69 à 70.

¹⁵⁴¹ *K. et T. c/ Finlande*, préc.

¹⁵⁴² *W. c/ Royaume-Uni* du 8 juillet 1987, Série A., n° 120 et 121.

¹⁵⁴³ *Bronda c/ Italie* du 9 juin 1998, req. n° 22430/ 93, § 54.

¹⁵⁴⁴ *GACEDH*, n°52.

l'intérêt de l'enfant revêtant une importance décisive¹⁵⁴⁵, elle exerce également un contrôle restreint sur ce point. Ainsi, la Cour considère généralement que « [...] les dispositions en question ont été appliquées afin de préserver l'enfant et rien n'autorise à penser que, comme le prétendent les requérants, les juridictions internes les aient utilisées dans le but d'éloigner [l'enfant] de sa famille d'origine »¹⁵⁴⁶. L'arrêt *Gnahoré c/ France* du 19 septembre 2000¹⁵⁴⁷ précise de manière très claire que l'intérêt de l'enfant comporte deux aspects différents voire contradictoires entre lesquels un équilibre doit être trouvé. Il est d'une part certain que garantir à l'enfant une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt mais il est d'autre part clair qu'il est tout autant dans l'intérêt de l'enfant que les liens entre lui et sa famille soient maintenus. Selon cet arrêt, « l'article 8 ne saurait en aucune manière autoriser un parent à prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de son enfant »¹⁵⁴⁸.

540 Proportionnalité de la mesure. S'agissant de la condition tenant à la nécessité « dans une société démocratique », cette condition vise à contrôler que la décision de placer l'enfant est proportionnée au but recherché, c'est-à-dire nécessaire pour la protection de l'enfant. Elle rappelle l'importance de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant pour apprécier la nécessité de la mesure de prise en charge¹⁵⁴⁹. Ainsi, lorsqu'un enfant est placé conformément à la décision des juridictions internes, la Cour contrôle la nécessité de cette mesure (a.), mais dans certains cas, elle exige que le placement de l'enfant devienne une obligation (b.).

a. La nécessité de placer l'enfant

541 Principe. En général, la Cour accorde une large marge d'appréciation aux Etats membres en ce domaine pour apprécier la nécessité des mesures du placement¹⁵⁵⁰. Mais la mesure doit être justifiée par l'intérêt de l'enfant¹⁵⁵¹. Ainsi, elle estime que les autorités judiciaires internes sont mieux placées qu'elle-même pour établir un juste équilibre entre les intérêts de l'enfant à vivre dans un milieu serein et les intérêts des

¹⁵⁴⁵ *K. et T. c/ Finlande*, préc.

¹⁵⁴⁶ *Bronda c/ Italie*, préc., § 55.

¹⁵⁴⁷ *Gnahoré c/ France* du 19 septembre 2000, req. n° 40031/98, § 51 : *RD publ.* 2001, p. 682, obs. A. Gouttenoire-Cornut ; *RTDH* 2001, n° 48, p. 1065, obs. M. Puechavy ; *JDI* 2001, n° 1, p. 161 ; *JDE* 2001, n° 76, p. 34, obs. P. Lambert ; *D.* 2001, n° 9, p. 725, obs. F. Rolin.

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*, § 59.

¹⁵⁴⁹ *Kutzner c/ Allemagne* du 26 février 2002, req. n° 46544/99, § 65 : *Europe* 2002, n° 5, p. 28, obs. N. Deffains.

¹⁵⁵⁰ *Johansen c/ Norvège* du 7 août 1996 : *JCP G* 1997. I. 4000, obs. F. Sudre.

¹⁵⁵¹ *K. et T. c/ Finlande*, préc.

parents¹⁵⁵² en raison notamment de la diversité dans les Etats membres des traditions liées au rôle de la famille et à l'intervention des pouvoirs publics dans les affaires familiales¹⁵⁵³. C'est pourquoi elle estime que « les autorités jouissent d'une grande latitude pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant »¹⁵⁵⁴. Le placement est rarement contesté par la Cour européenne.

542 **Appréciation concrète.** La Cour exige de la part des juges une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant lorsqu'ils se prononcent sur les décisions du placement. Par exemple, la mesure de placement en raison des croyances ou de la religion des parents doit être concrètement justifiée. La Convention garantit la liberté de manifester ses convictions mais des questions concernant la compatibilité de ce droit avec la finalité de l'autorité parentale peuvent se poser. Comme dans les affaires concernant la détermination du droit de garde et de visite¹⁵⁵⁵, pour décider si le placement de l'enfant est nécessaire, la Cour européenne se livre à une interprétation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant, et non à une interprétation *in abstracto* de la religion ou de la secte concernée. Par conséquent, dans l'affaire *Schmidt c/ France* du 26 juillet 2007¹⁵⁵⁶, la Cour estime que le retrait d'une fille de trois ans pour être placée à l'Aide sociale à l'enfance puis chez ses grands-parents pendant plusieurs années, était nécessaire en raison de l'appartenance de ses parents à une secte au sein de laquelle les enfants étaient maltraités. Son père avait d'ailleurs été poursuivi, comme d'autres membres de la secte, pour séquestration, défaut de soins et coups et blessures volontaires sur mineurs.

543 **Placements non justifiés.** *A contrario*, la Cour estime que certains placements ne sont pas nécessaires. Par exemple, dans l'affaire *Kutzner c/ Allemagne* du 26 février 2002¹⁵⁵⁷, la Cour condamne les autorités internes pour n'avoir pas suffisamment recherché si d'autres mesures susceptibles d'éviter le placement étaient envisageables. En l'espèce, la Cour relève qu'aucun mauvais traitement n'était reproché aux parents. Par ailleurs, selon la Cour européenne, « le fait qu'un enfant *puisse être accueilli dans*

¹⁵⁵² *Söderbäck / Suède*, préc., §§ 30 à 34.

¹⁵⁵³ *K. et T. c/ Finlande*, préc.,

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, § 145.

¹⁵⁵⁵ voir *Supra.*, n° 443 et s. notamment les arrêts *Hoffman c/ Autriche* du 23 juin 1993 et *Palau-Martinez c/ France* du 16 décembre 2003.

¹⁵⁵⁶ *Schmidt c/ France* du 26 juill. 2007, req. n° 35109/02 : *RTD civ.* 2007, p. 765, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2007. I. 102, obs. A. Gouttenoire ; M. Sirinelli, « La vie familiale et les convictions religieuses », in P. Tavernier (dir.), « La France et la Cour européenne des droits de l'homme 1998 – 2008 : Une décennie d'application du Protocole XI, la jurisprudence en 2007 », Bruylant 2009, p. 281- 292.

¹⁵⁵⁷ *Kutzner c/ Allemagne* du 26 février 2002, req. n° 46544/99 : *Europe* 2002, n° 5, p. 28, obs. N. Deffains.

un cadre plus propice à son éducation ne saurait en soi justifier qu'on le soustraie de force aux soins de ses parents biologiques »¹⁵⁵⁸. Dans cette série d'affaires, la Cour européenne reproche notamment aux autorités internes de ne pas avoir suffisamment recherché si d'autres mesures, susceptibles d'éviter le placement, « mesure, de loin la plus radicale », étaient envisageables¹⁵⁵⁹.

544 Situation de grande précarité. La Cour utilise cette formule notamment lorsqu'elle examine des requêtes concernant la protection de la vie familiale des personnes placées en situation de grande précarité. La jurisprudence constante de la Cour exprime l'idée selon laquelle le placement de l'enfant ne doit pas être motivé uniquement par des conditions de vie insuffisantes ou des privations matérielles. Lorsqu'elle examine les requêtes concernant les familles en situation de précarité, la Cour cherche à savoir si les autorités compétentes ont motivé leur décision en tenant compte d'autres facteurs comme l'état psychique des parents, ou leur incapacité affective, éducative et pédagogique. La Cour condamne les décisions de placement faute pour les parents d'avoir un logement convenable pour une famille nombreuse¹⁵⁶⁰, et la décision fondée essentiellement sur les problèmes financiers du père¹⁵⁶¹. Dans l'affaire *Wallowa et Walla c/ République tchèque*, du 21 septembre 2006¹⁵⁶², la Cour constate que « les capacités éducatives et affectives des requérants n'ont jamais été mises en cause », les autorités compétentes doivent par exemple aider les parents dans une situation sociale défavorable¹⁵⁶³.

545 Situation personnelle des parents. La Cour considère que l'article 8 a été violé dans l'affaire *Kutzner c/ Allemagne* du 26 février 2002¹⁵⁶⁴ concernant le placement lié aux carences intellectuelles des parents. En l'espèce, la Cour souligne qu'il n'a été allégué que les enfants avaient été victimes d'un manque de soin ou de mauvais traitements de la part de leurs parents. Au contraire, il paraît qu'à leur demande, les enfants ont bénéficié de mesures de soutien pédagogique dès leur plus

¹⁵⁵⁸ *Havelka et autres c/ République tchèque* du 21 juin 2007, § 56, nous soulignons.

¹⁵⁵⁹ *Wallowa et Walla c/ République tchèque*, du 21 septembre 2006, req. n° 23848/04, § 74 ; *Kutzner c/ Allemagne*, préc.

¹⁵⁶⁰ *Wallowa et Walla c/ République tchèque*, préc. ; Dans le même sens, *Moser c/ Autriche* du 21 septembre 2006, req. n° 12643/02.

¹⁵⁶¹ Voir également, *R.M.S. c/ Espagne* du 18 juin 2013, req. n° 28755/12 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire, *AJF* 2013, p. 500, obs. M. Rouillard.

¹⁵⁶² *Wallowa et Walla c/ République tchèque*, préc.

¹⁵⁶³ *Ibid.*, § 74.

¹⁵⁶⁴ *Kutzner c/ Allemagne* du 26 février 2002, req. n° 46544/99, § 65 : *Europe* 2002, n° 5, p. 28, obs. N. Deffains.

jeune âge¹⁵⁶⁵. Dans l'affaire *Saviny c/ Ukraine* du 18 décembre 2008¹⁵⁶⁶, constitue une violation de l'article 8 une décision de placement fondée essentiellement sur la cécité des parents.

546 GPA. Dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c/ Italie* du 27 janvier 2015¹⁵⁶⁷, la Cour est confrontée à la question du placement de l'enfant conçu par la mère porteuse à l'étranger. En l'espèce, l'enfant a été retiré dès son arrivée en Italie et placé auprès d'une famille d'accueil, résultant ainsi en une séparation définitive entre celui-ci et ses parents d'intention. En se fondant sur la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, elle considère que le placement de l'enfant dans le cas d'espèce constitue une ingérence disproportionnée dans la vie familiale des requérants. Selon la Cour, « la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'Etat indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre ». Ainsi, « cette décision ne peut être qu'approuvée car la solution inverse reviendrait à sanctionner l'enfant autant que ses parents d'intention »¹⁵⁶⁸.

b. L'obligation de placer l'enfant

547 Principe. Les Etats ont l'obligation de retirer l'enfant de sa famille même s'il s'agit d'une mesure qui porte atteinte au droit au respect de la vie familiale lorsque l'enfant est exposé à des situations pouvant être considérées comme contraires à l'article 3 de la Convention. Il s'agit principalement des situations de violences domestiques et de maltraitances ou d'abus sexuels. Dans cette hypothèse, le placement est non seulement nécessaire au sens de l'article 8 de la Convention mais il est également exigé par son article 3. La Cour européenne a ainsi fait une application spécifique de l'article 3 § 1 de CIDE qu'elle a interprété comme imposant aux Etats une obligation positive de protéger les enfants contre les maltraitances¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, §§ 71 et 74.

¹⁵⁶⁶ *Saviny c/ Ukraine* du 18 décembre 2008, req. n° 39948/06.

¹⁵⁶⁷ *Paradiso et Campanelli c/ Italie* du 27 janvier 2015, req. n° 25358/12 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2015, étude 11, J.-B. Walter ; *JCP G* 2015, act. 194, note F. Sudre ; *AJPF* avr. 2015, p. 11, obs. I. Corpart ; *AJF* 2015, p. 165, obs. E. Viganotti ; *Lexbase Hebdo – édition privée générale* 2015, n° 601, obs. A. Gouttenoire.

¹⁵⁶⁸ A. Gouttenoire, « Enfants nés de GPA : la Cour européenne joue les équilibristes ! », *Lexbase Hebdo – édition privée générale* 2015, n° 601.

¹⁵⁶⁹ Voir notamment, F. Sudre et A. Gouttenoire, « La protection de l'enfant contre les maltraitances », *RTDH* 2003, p. 1355.

548 **Connaissance des faits.** Il faut toutefois préciser que si l'Etat a une obligation positive d'agir, selon la Cour européenne, il doit prendre les mesures raisonnables pour empêcher de mauvais traitements seulement lorsque « les autorités avaient ou auraient pu avoir connaissance » de ceux-ci¹⁵⁷⁰. La responsabilité de l'Etat ne peut pas être engagée dans le cas contraire¹⁵⁷¹. Les faits d'espèce ont conduit la Cour européenne à décider qu'il n'était pas démontré que l'autorité locale était informée des risques de mauvais traitement. De même, dans l'affaire *M.P. et autres c/ Bulgarie* du 15 novembre 2011¹⁵⁷², la Cour conclut à la non-violation, malgré le soupçon d'abus sexuels dont l'auteur était le nouveau compagnon de la mère. Soulignant que malgré de nombreuses investigations et interventions des spécialistes, les autorités nationales ne parvenaient pas à établir suffisamment la réalité des abus, la Cour considère dans ces conditions qu'elle n'est pas en position de juger que les autorités nationales ont fait montre de négligence au regard de leurs obligations découlant des articles 3 et 8 de la Convention¹⁵⁷³. *A contrario*, dans l'arrêt *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001¹⁵⁷⁴ relatif à la négligence dont avait été victime une fratrie, l'absence de placement constitue une violation de l'article 3 de la Convention.

549 **Placement préventif.** Le fait que les autorités ont commis une erreur aboutissant à placer l'enfant à titre préventif n'induit pas *ipso facto* une violation de la Convention. Dans l'affaire *R.K. et A.K. c/ Royaume-Uni* du 30 septembre 2008¹⁵⁷⁵, la Cour conclut à la non-violation de l'article 8 concernant le placement en raison des soupçons de maltraitance finalement levés. La Cour décide dans le même sens dans l'affaire *A.D. et O.D. c/ Royaume-Uni* du 16 mars 2010¹⁵⁷⁶. Cependant, dans cette affaire, le Royaume-Uni est condamné car les autorités n'ont pas procédé à une enquête assez poussée et la possibilité de placer l'enfant au sein de sa famille n'a pas été suffisamment envisagée¹⁵⁷⁷. De même, dans l'affaire *Ageyev c/ Russie* du 18 avril

¹⁵⁷⁰ *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001, req. n° 29392/95, § 73 : *JCP G* 2001. I. 342, obs. F. Sudre ; *JDI* 2002, n° 1, p. 286, obs. C. Renaut. ; Pour le développement sur ce point, voir *Supra*.

¹⁵⁷¹ *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni* du 10 octobre 2002, req. n° 38719/97 : *JCP G* 2003, I, 109, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2003, n° 56, p. 1355, obs. A. Gouttenoire.

¹⁵⁷² *M.P. et autres c/ Bulgarie* du 15 novembre 2011, req. n° 22457/08.

¹⁵⁷³ *Ibid.*, § 114.

¹⁵⁷⁴ *Z. et autres c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001, req. n° 29392/95, §§ 72 et 74 : *JCP G* 2001. I. 342, obs. F. Sudre ; *JDI* 2002, n° 1, p. 286, obs. C. Renaut : dans le même sens, *E. et autres c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 2002, req. n° 33218/96 : *RTDH* 2003, n° 56, p. 1355, obs. A. Gouttenoire.

¹⁵⁷⁵ *R.K. et A.K. c/ Royaume-Uni* du 30 septembre 2008, req. n° 38000/05.

¹⁵⁷⁶ *A.D. et O.D. c/ Royaume-Uni* du 16 mars 2010, req. n° 28680/06.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*, §§ 88 à 92.

2013¹⁵⁷⁸, la Cour européenne estime justifiée la soustraction initiale des enfants adoptifs à la garde de leurs parents, en raison de soupçons de maltraitance. Dans le cas d'espèce, l'un des deux enfants fut gravement brûlé à la maison et fut conduit à l'hôpital¹⁵⁷⁹.

550 Placement pendant une procédure. Dans le même sens, ne constitue pas une violation de la Convention le placement de l'enfant à la demande de sa mère dans l'affaire *M. et C. c/ Roumanie* du 27 septembre 2011¹⁵⁸⁰ en raison de prétendus abus sexuels perpétrés par le père sur l'enfant. Dans cette affaire, pendant une séparation parentale, la mère prétendait que l'enfant avait été abusé par son père, alors que celui-ci soulignait l'impact néfaste de l'appartenance de la mère aux Témoins de Jéhovah. Les services sociaux avaient procédé au placement de l'enfant, avec droit de visite pour les deux parents, pendant les investigations. L'enfant présentait des traces d'abus mais les déclarations de la mère et du père de l'enfant, à l'aide d'un détecteur de mensonge, permettaient de croire que la mère avait arrangé une mise en scène d'abus dans le but de priver le père de tout contact avec l'enfant. Dans ces circonstances délicates, la Cour conclut à la violation des articles 3 et 8 de la Convention en raison de l'inefficacité des enquêtes¹⁵⁸¹, mais elle estime que le placement de l'enfant, pour une durée limitée, était nécessaire. Selon la Cour, les autorités ont fait preuve de la prudence et de la vigilance requise dans cette situation délicate et sensible, et elles n'ont pas agi au détriment des droits de la mère ni des intérêts supérieurs de l'enfant.

2° Les modalités d'exécution des décisions du placement

551 Contrôle rigoureux. Il est de jurisprudence constante que la Cour exerce un contrôle particulièrement rigoureux sur les restrictions supplémentaires à celles touchant le droit de garde, en particulier celles touchant le droit de visite et sur les garanties juridiques destinées à assurer une protection effective du droit des parents et des enfants au respect de leur vie familiale¹⁵⁸².

552 Examen séparé de la prise en charge d'urgence. La Cour européenne estime qu'elle doit examiner séparément la décision de prise en charge d'urgence et la décision

¹⁵⁷⁸ *Ageyev c/ Russie* du 18 avril 2013, req. n° 7075/10 : *AJF* 2013, p. 233, obs. M. Rouillard ; *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire.

¹⁵⁷⁹ Toutefois, la Cour sanctionne l'annulation d'adoption des enfants en raison de l'insuffisance de motivation de la décision et également en raison de l'acquittement du père et une condamnation minime de la mère.

¹⁵⁸⁰ *M. et C. c/ Roumanie*, 27 septembre 2011, req. n° 29032/04.

¹⁵⁸¹ Voir *Supra.*, n° 373 et s.

¹⁵⁸² Voir par exemple, *Kutzner c/ Allemagne* du 26 février 2002, req. n° 46544/99 : *Europe* 2002, n° 5, p. 28, obs. N. Deffains.

de prise en charge ordinaire pour chaque enfant car il s'agit de différents types de décisions aux conséquences différentes¹⁵⁸³. La prise en charge d'urgence est justifiée dans l'affaire *T.P. et K.M. c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001¹⁵⁸⁴ en raison de fortes présomptions que l'enfant avait subi des abus sexuels provenant du compagnon de la mère et des doutes que suscitait la capacité de cette dernière à protéger sa fille. Dans le même sens, la Cour juge que la prise en charge d'urgence est également justifiée dans l'affaire *Covezzi et Morselli c/ Italie* du 9 mai 2003¹⁵⁸⁵. Dans le contexte de violence domestique et de maltraitements ou d'abus sexuels sur les enfants, non seulement la Cour juge nécessaire le placement, souvent d'urgence, des enfants, mais en plus, elle érige à la charge des Etats une obligation positive de les placer.

553 **Prise en charge d'urgence d'un nouveau-né.** Elle exerce un contrôle très strict sur la conformité de la décision de la prise en charge d'urgence, notamment dans le cas de la prise en charge d'urgence d'un nouveau-né. Selon elle, ce type de mesure est « une mesure extrêmement dure » et « il faut des raisons extraordinairement impérieuses pour qu'un bébé puisse être soustrait aux soins de sa mère, contre le gré de celle-ci immédiatement après la naissance [...] »¹⁵⁸⁶. Considérées comme disproportionnées, la Cour n'hésite pas à sanctionner les Etats dans plusieurs arrêts, tel est le cas dans l'affaire *K. et T. c/ Finlande* du 12 juillet 2001¹⁵⁸⁷ concernant la prise en charge d'urgence, en raison de graves troubles mentaux de la mère. En l'espèce, si la Cour considère que la mesure ultérieure de placement des enfants dans un foyer d'accueil était nécessaire, elle condamne la prise en charge d'urgence du nouveau-né. Selon la Cour, la situation ne présentait pas un caractère d'urgence et elle estime que les autorités internes compétentes devaient « rechercher s'il n'était pas possible de recourir à une ingérence moins extrême dans la vie familiale, à un moment aussi décisif de la vie des parents et de l'enfant »¹⁵⁸⁸. Selon le Professeur Sudre, une telle décision est exceptionnelle puisque c'est la première fois, dans ce type d'affaire, que la Cour réfute l'appréciation à laquelle s'étaient livrées les autorités nationales de la nécessité de la prise en charge, alors même que ces dernières avaient, dans une situation douloureuse,

¹⁵⁸³ *K. et T. c/ Finlande*, préc., § 165.

¹⁵⁸⁴ *T.P. et K.M. c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001, req. n° 28945/95 : *JCP G* 2002. I. 342, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2001, n° 11, p. 23, obs. P. Murat ; *AJDA* 2001, n° 12, p. 1060, obs. J.-F. Flauss.

¹⁵⁸⁵ *Covezzi et Morselli c/ Italie* du 9 mai 2003, req. n° 52763/99 : *Europe* 2003, n° 8, p. 33, obs. N. Deffains.

¹⁵⁸⁶ *K. et T. c/ Finlande*, préc., § 168.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*, § 168.

choisi de faire prévaloir la protection de l'enfant en danger¹⁵⁸⁹. Dans le même sens, la Cour conclut à la violation de l'article 8 dans l'affaire *Haase c/ Allemagne* du 8 avril 2004¹⁵⁹⁰ concernant le placement de plusieurs enfants et notamment d'un nouveau-né sans que la nécessité de la mesure ne soit suffisamment établie. De même, dans l'affaire *P., C. et S. c/ Royaume-Uni* du 16 juillet 2002¹⁵⁹¹, la Cour estime que le nouveau-né aurait pu être laissé avec ses parents à l'hôpital et sous surveillance¹⁵⁹². *A contrario*, la prise en charge urgente de l'enfant dès sa naissance par les services sociaux est justifiée dans l'affaire *W. c/ Royaume-Uni* du 8 juillet 1987¹⁵⁹³ en raison des nombreuses hospitalisations en hôpital psychiatrique de la mère ainsi que de son problème de dépression post-natale.

554 Durée de la prise en charge. La Cour exerce un contrôle très strict lorsqu'il s'agit de la soustraction du nouveau-né à ses parents, même pour une durée très courte. Dans l'affaire *Hanzelkovi c/ République tchèque* du 11 décembre 2014¹⁵⁹⁴, la Cour estime que l'imposition par les autorités étatiques à une mère d'hospitaliser pendant trois jours son nouveau-né contre son gré constitue une violation de l'article 8 de la Convention. Selon elle, « lorsque le tribunal a envisagé une mesure aussi radicale que de confier le second requérant à l'hôpital avec l'assistance des forces de l'ordre et d'un huissier de justice, laquelle était vouée à une exécution automatique, il aurait dû rechercher s'il n'était pas possible de recourir à une ingérence moins extrême dans la vie familiale des requérants, à un moment aussi décisif de leur vie »¹⁵⁹⁵. Toutefois, la décision paraît quelque peu excessive au regard de la courte période d'hospitalisation et du but poursuivi par les autorités compétentes¹⁵⁹⁶.

555 Placement dans un lieu secret. Le choix du lieu de placement peut être une cause de restriction ou de suppression des contacts entre l'enfant et ses parents, notamment lorsqu'il s'agit de choisir un lieu de placement secret. Dans l'affaire *Vautier*

¹⁵⁸⁹ *JCP G* 2002. I. 195, obs. F. Sudre.

¹⁵⁹⁰ *Haase c/ Allemagne* du 8 avril 2004, req. n° 11057/02.

¹⁵⁹¹ *P., C. et S. c/ Royaume-Uni* du 16 juillet 2002, req. n° 56547/00.

¹⁵⁹² *Ibid.*, § 132.

¹⁵⁹³ *W. c/ Royaume-Uni*, préc.

¹⁵⁹⁴ *Hanzelkovi c/ République tchèque* du 11 décembre 2014, req. n° 4363/10 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2015, doct. 70, obs. F. Sudre.

¹⁵⁹⁵ *Hanzelkovi c/ République tchèque*, préc., § 78 ; dans le même sens, *K. et T. c/ Finlande*, préc.

¹⁵⁹⁶ Dans ce sens, A. Gouttenoire, « La famille dans la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.*, 2015, n° 7-8, chron. 2.

c/ France du 26 novembre 2006¹⁵⁹⁷, la Cour admet pour la première fois que le fait de tenir secret le lieu de placement de l'enfant était justifié par les obstacles mis par la requérante au bon déroulement des mesures d'encadrement et d'accompagnement.

556 Séparation de la fratrie. La Cour contrôle également si la séparation de la fratrie est justifiée par l'intérêt de l'enfant. Dans l'affaire *Kutzner c/ Allemagne* du 26 février 2002¹⁵⁹⁸, la Cour estime que constitue une violation de la Convention la séparation de la fratrie. Elle a déjà jugé ainsi dans l'affaire *Olsson (n°1) c/ Suède* du 24 mars 1988¹⁵⁹⁹. – les enfants ont été placés séparément et à de longues distances tant des uns des autres que de leurs parents. L'enfant a également été séparé de sa fratrie et la Cour souligne que contrairement à ses frères et sœurs, l'enfant avait été placé dans un lieu éloigné du domicile familial et dans des conditions rendant beaucoup plus difficile le maintien des liens avec sa famille¹⁶⁰⁰. Toutefois, la Cour estime justifiée la séparation de la fratrie dans l'affaire *Covezzi et Morselli c/ Italie* du 9 mai 2003. Selon la Cour, le maintien du placement séparé des enfants a été justifié aussitôt par l'état des relations entre les enfants et par l'état psychologique de ces derniers. Les résultats des enquêtes psychodiagnostiques auxquelles les enfants ont été soumis immédiatement après l'éloignement, dénotent des rapports gravement compromis entre les enfants, en conséquence de la gravité des expériences vécues et de l'implication directe des enfants dans les situations d'abus. D'ailleurs, dès qu'ils ont été éloignés du foyer familial, les enfants ont constamment manifesté leur volonté de ne pas retourner vivre ensemble et de ne pas quitter leurs lieux d'accueil, et ont vécu les rencontres organisées par les services sociaux avec inquiétude et difficulté¹⁶⁰¹.

3° La fin de la mesure du placement

557 Objectif : réunion de famille. Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne, le droit au respect de la vie familiale de l'article 8 de la Convention implique non seulement une obligation négative mais également une obligation positive

¹⁵⁹⁷ *Vautier c/ France* du 26 novembre 2009, req. n° 28499/05 : D. 2010, n° 29, p. 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *Lexbase Hebdo – Edition privée générale*, n° 376, n° lexbase : N7120BMN, obs. A. Gouttenoire.

¹⁵⁹⁸ *Kutzner c/ Allemagne*, préc.

¹⁵⁹⁹ *Olsson n° 1 c/ Suède*, préc.

¹⁶⁰⁰ La Cour souligne le fait que l'enfant avait été placé dans un lieu éloigné du domicile familial, qu'il n'avait jamais été autorisé à passer les fêtes et les weekend avec ses parents dont les droits de visite avait été supprimés pendant près de deux ans.

¹⁶⁰¹ *Covezzi et Morselli c/ Italie*, préc., § 128.

de favoriser son respect¹⁶⁰². Ainsi, elle estime que « là où l'existence d'un lien familial se trouve établie, l'Etat doit en principe agir de manière à permettre à ce lien de se développer et prendre les mesures propres à réunir le parent et l'enfant concernés »¹⁶⁰³ et ce quelles que soient les raisons qui font qu'un enfant se trouve séparé de son ou ses parents. Il faut donc « considérer la prise en charge d'un enfant comme une mesure temporaire à suspendre dès que la situation s'y prête et tout acte d'exécution doit concorder avec un but légitime : unir à nouveau le parent et l'enfant. La mesure est temporaire et doit être suspendue dès que la situation le permet »¹⁶⁰⁴ et « à cet égard, un juste équilibre doit être ménagé entre les intérêts de l'enfant à demeurer placé et ceux du parent à vivre avec lui »¹⁶⁰⁵. La Cour européenne considère aussi que « seules des circonstances tout à fait exceptionnelles peuvent conduire à une rupture du lien familial »¹⁶⁰⁶. C'est pourquoi dans l'affaire *Scozzari et Giunta c/ Italie* du 13 juillet 2000¹⁶⁰⁷, elle critique l'absence de limite à la durée de placement. Dans cet arrêt, la Cour « n'aperçoit aucune justification valable au fait que le placement des enfants ne soit assorti d'aucune limite temporelle ».

558 Maintien des relations. L'obligation positive de prendre des mesures afin de faciliter la réunion de la famille s'impose aux autorités compétentes dès le début du placement de l'enfant. Dans le but de maintenir les relations parents-enfants pendant le placement, les services sociaux doivent organiser des visites et des contacts entre l'enfant et ses parents durant le placement. Les autorités doivent également effectuer une évaluation de la situation dans le but de favoriser l'organisation de visites et la réunion de la famille lorsque les circonstances s'y prêtent. La Cour considère donc dans l'affaire *K. et T. c/ Finlande* du 12 juillet 2001¹⁶⁰⁸ que le minimum qu'on puisse attendre [des services sociaux], c'est de reconsidérer les mesures d'ingérence dans la vie familiale de temps en temps car les perspectives de réunion n'existent pas si enfant et parent ne sont jamais amenés à se rencontrer. Elle conclut que dans le cas d'espèce,

¹⁶⁰² F. Sudre, « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Rolv Rysdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1359.

¹⁶⁰³ Voir notamment *Kutzner c/ Allemagne*, préc., § 61 ; *Bianchi c/ Suisse*, préc., § 78 ; *Wallova et Walla c/ République tchèque*, préc., § 71.

¹⁶⁰⁴ *Johansen c/ Norvège*, préc., § 78.

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*

¹⁶⁰⁶ *Olsson n° 1 c/ Suède*, préc., § 81 ; *Johansen c/ Norvège*, préc., § 78.

¹⁶⁰⁷ *Scozzari et Giunta c/ Italie*, préc.

¹⁶⁰⁸ *K. et T. c/ Finlande*, préc.

l'absence de mesures propres à réunir la famille après la prise en charge constitue une violation de la Convention.

559 Attitude des parents. L'attitude des parents est un motif souvent invoqué par les Etats pour justifier l'absence de mesures permettant le maintien des liens. Mais la Cour considère que « le manque de coopération du parent concerné ne constitue pas un élément absolument déterminant, dans la mesure où il ne dispense pas les autorités de mettre en œuvre des moyens susceptibles de permettre le maintien du lien familial »¹⁶⁰⁹. C'est pourquoi elle a, par exemple, reconnu la violation de l'article 8 de la Convention dans les deux affaires *Olsson c/ Suède*¹⁶¹⁰. Dans l'affaire *Gnahoré c/ France* du 19 septembre 2000, la Cour considère que trois rencontres en huit ans n'étaient pas suffisantes pour maintenir les contacts mais la Cour considère que « les autorités compétentes firent de sérieux efforts pour atteindre cet objectif et que l'échec des dispositions qu'elles prirent dans ce sens trouve exclusivement sa source dans la conduite de [la mère de l'enfant] »¹⁶¹¹. *A contrario*, dans l'arrêt *Couillard et Maugery c/ France* du 1^{er} juillet 2004¹⁶¹², la Cour estime que la Convention n'a pas été violée car le placement est accompagné par un suivi régulier et malgré l'absence de coopération de la mère de l'enfant, les autorités compétentes ont réussi à renouer progressivement le lien entre l'enfant et sa mère.

560 Recours à la coercition. L'objectif final du placement de l'enfant est la réunion à nouveau de l'enfant avec ses parents et une attention particulière doit être portée à la manière dont l'enfant va être remis dans sa famille. La Cour européenne estime ainsi que « la réunion de parents par le sang et des enfants [...] ne saurait se passer de préparatifs. Leur nature et leur étendue peuvent dépendre des circonstances de chaque espèce, mais ils demandent toujours à l'ensemble des personnes concernées une coopération active et empreinte de compréhension »¹⁶¹³. Il faut souligner que la Cour européenne estime que l'obligation positive à la charge de l'Etat ne peut être qu'une obligation de moyen et que « si les autorités nationales doivent s'évertuer à susciter pareille collaboration, elles ne peuvent guère en la matière recourir à la coercition »¹⁶¹⁴.

¹⁶⁰⁹ *Olsson n° 1 c/ Suède*, préc., §§ 81 et 83 ; *Couillard Maugery c/ France*, préc., § 307.

¹⁶¹⁰ *Olsson n° 1 c/ Suède*, préc., §§ 81 à 83 ; *Olsson n° 2 c/ Suède*, préc., § 91.

¹⁶¹¹ *Gnahoré c/ France*, préc., § 63.

¹⁶¹² *Couillard Maugery c/ France*, préc.,

¹⁶¹³ *Olsson n° 2 c/ Suède*, préc., § 90 ; *Scozzari et Giunta c/ Italie*, préc., § 175.

¹⁶¹⁴ *Olsson n° 2 c/ Suède*, préc., § 90.

561 Parole de l'enfant. Afin de réunir à nouveau la famille, la Cour porte attention à la parole de l'enfant et elle accepte la rupture des contacts lorsque l'enfant s'exprime dans ce sens. Ainsi, dans l'affaire *Covezzi et Morselli c/ Italie*, la Cour estime que « tous les enfants ont constamment manifesté leur volonté de ne pas retourner vivre dans leur famille naturelle ainsi qu'un sentiment de peur vis-à-vis de leurs parents »¹⁶¹⁵. Toutefois, comme dans toutes les hypothèses concernant l'audition de l'enfant, la Cour n'impose pas aux Etats une obligation d'entendre l'enfant ni l'organisation d'une audience systématique. La prise en compte de la parole de l'enfant se fait en fonction des circonstances particulières de chaque affaire et en tenant compte de l'âge et de la maturité de l'enfant en question.

562 Passage du temps. Le passage du temps joue un rôle important dans les affaires de ce type car l'intérêt de l'enfant peut avoir évolué entre le moment de son placement et le moment où la décision de la Cour européenne est rendue. C'est ainsi que la Cour considère qu'il est possible que l'enfant développe un lien effectif avec les personnes qui s'occupent de lui pendant son placement¹⁶¹⁶. Pour apprécier si les autorités compétentes ont bien décidé de ne pas mettre fin au placement, la Cour va se placer au moment de la décision pour examiner la situation concrète de l'enfant. Dans l'affaire *Johansen c/ Norvège*¹⁶¹⁷, elle juge qu'« il était de l'intérêt de l'enfant de veiller à ne pas perturber l'instauration de liens avec ses parents nourriciers ». En l'espèce, la mère de l'enfant se plaignait du changement d'une garde temporaire en une garde définitive pour sa fille placée après sa naissance. La Cour souligne le fait que l'enfant était dans une phase de son développement où il était important qu'elle puisse vivre dans des conditions affectivement stables et sûres. La durée du placement joue un rôle important dans les décisions de la Cour. C'est pourquoi elle juge dans l'affaire *Kutzner c/ Allemagne*¹⁶¹⁸ que l'intérêt de l'enfant dans le cas d'espèce est de vivre dans la famille d'accueil. Selon elle, « lorsqu'une période de temps considérable s'est écoulée depuis que l'enfant a été placé pour la première fois sous assistance, l'intérêt qu'a l'enfant à ne pas voir sa situation familiale *de facto* changer de nouveau peut l'emporter sur l'intérêt des parents au regroupement de leur famille »¹⁶¹⁹. En dernier lieu, la Cour

¹⁶¹⁵ *Covezzi et Morselli c/ Italie*, préc., § 123.

¹⁶¹⁶ *W. c/ Royaume-Uni*, préc., § 62.

¹⁶¹⁷ *Johansen c/ Norvège*, préc., § 80.

¹⁶¹⁸ *Kutzner c/ Allemagne*, préc.

¹⁶¹⁹ *Kutzner c/ Allemagne*, préc., § 67 ; dans le même sens, *Haase c/ Allemagne*, préc., § 93.

juge également que l'intérêt de l'enfant est de rester placé dans la famille d'accueil dans l'affaire *Paradiso et Campnelli c/ Italie* concernant le placement d'un enfant né d'une mère porteuse dans laquelle elle considère que la décision du placement constitue une atteinte disproportionnée à la vie familiale des requérants. Ainsi, elle estime que « compte tenu de ce que l'enfant a certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il a été placé [...], le constat de violation prononcé dans la cause des requérants ne saurait donc être compris comme obligeant l'Etat à remettre le mineur aux intéressés »¹⁶²⁰. En l'espèce, le Professeur Gouttenoire considère que la Cour européenne est allée trop loin lorsqu'elle prend position « sur ce qui est "certainement" l'intérêt de l'enfant ». Selon l'auteur, il aurait été « plus judicieux de seulement préciser que l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, au moment du placement, comme au jour de la décision européenne, doit faire l'objet d'une appréciation concrète »¹⁶²¹.

563 Obligation de surveillance. Dans l'arrêt de la Grande Chambre *Scozzari et Giunta* du 13 juillet 2000¹⁶²², la Cour impose également aux Etats une obligation d'information afin de fournir aux parents, des « explications exhaustives et pertinentes » sur les mesures de placement décidées et une obligation de surveillance des personnes ou institutions à qui ont été confiés les enfants¹⁶²³. L'obligation de surveillance implique que « les mesures, du fait de leur gravité, soient prises par l'autorité judiciaire qui doit veiller à leur application et de [ne] pas laisser les services sociaux organiser les relations de l'enfant avec ses parents en fonction de leur propre vision de l'intérêt de celui-ci »¹⁶²⁴. Dans l'affaire *Scozzari et Giunta*, la Cour considère que la gestion de la reprise de contacts par les services sociaux constitue une violation de la Convention car ceux-ci sont allés à l'encontre des décisions judiciaires. En l'espèce, elle juge inacceptable « que les services sociaux puissent, comme cela est en train de se produire en l'espèce, modifier dans la pratique la portée des décisions des tribunaux prévoyant le principe de rencontres. Les rencontres organisées jusqu'à présent, pratiquement

¹⁶²⁰ *Paradiso et Campanelli c/ Italie* du 27 janvier 2015, req. n° 25358/12 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2015, étude 11, J.-B. Walter ; *JCP G* 2015, act. 194, note F. Sudre ; *AJPF* avr. 2015, p. 11, obs. I. Corpart ; *AJF* 2015, p. 165, obs. E. Viganotti ; *Lexbase Hebdo – édition privée générale* 2015, n° 601, obs. A. Gouttenoire.

¹⁶²¹ A. Gouttenoire, « Enfants nés de GPA : la Cour européenne joue les équilibristes ! », préc.

¹⁶²² *Scozzari et Giunta c/ Italie*, préc.

¹⁶²³ Dans le même sens, *Gnahoré c/ France*, préc.

¹⁶²⁴ A. Gouttenoire, « La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative », préc.

épisodiques si l'on considère leur nombre et leur espacement dans le temps (deux en près de trois ans), n'ont guère de sens à la lumière des principes découlant de l'article 8 »¹⁶²⁵ et que ceux-ci « ont joué un rôle excessivement autonome dans la mise en œuvre des décisions du tribunal »¹⁶²⁶. En l'espèce, la Cour condamne également l'Italie en raison du choix du placement des enfants dans une communauté dont deux responsables, condamnés vingt ans auparavant pour mauvais traitements et abus sexuels sur enfants, jouent un rôle actif dans le suivi des deux enfants et exercent une influence qui tend à éloigner ceux-ci de leur mère. Selon la Cour, ce choix du placement comporte un risque réel de séparation irréversible de la requérante et de ses enfants¹⁶²⁷.

B. L'adoption de l'enfant

564 Intérêt supérieur de l'enfant. La Cour européenne affirme constamment qu'« on se trouve en présence d'intérêts difficilement conciliables, ceux de la mère biologique, ceux de l'enfant, ceux de la famille adoptive et l'intérêt général. Dans la recherche de l'équilibre entre ces différents intérêts, l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer »¹⁶²⁸. Ainsi, elle estime que dans le cadre de l'adoption d'un enfant, « l'intérêt de l'enfant était de bénéficier le plus rapidement possible de relations affectives stables dans sa nouvelle famille »¹⁶²⁹.

565 Délai de rétractation. C'est pour cette raison qu'elle considère, dans l'affaire *Kearns c/ France* du 10 janvier 2008¹⁶³⁰ concernant la possibilité pour la femme de revenir sur sa décision d'abandonner son enfant après avoir accouché sous X, que le délai de rétractation de deux mois accordé par le droit français « vise à atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisants entre les intérêts en cause ». La Cour européenne valide ainsi le système français de l'accouchement anonyme tel qu'il résulte de la loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines personnelles. La diversité des législations européennes permet également à la Cour d'accorder une large marge d'appréciation à la France en la matière. La Cour estime par ailleurs que la requérante a

¹⁶²⁵ *Scozzari et Giunta c/ Italie*, préc., § 178.

¹⁶²⁶ *Ibid.*, § 179.

¹⁶²⁷ *Ibid.*, § 208.

¹⁶²⁸ *Odièvre c/ France* du 13 février 2003, req. n° 42326/98, § 44.

¹⁶²⁹ *Kearns c/ France* du 10 janvier 2008, req. n° 35991/04 : *JCP G* 2008. I. 167, obs. F. Sudre ; *RJPF*-2008-4/29, obs. T. Garé ; *RTD civ.* 2008, p. 252, obs. J.-P. Marguénaud et P. Remy-Corlay ; *RTD civ.* 2008, p. 285, obs. J. Hauser ; *RLDC* 2008, p. 39 à 43, obs. M.-C. Le Boursicot ; *RLDC* 2008, p. 43 à 44, obs. G. Marraud de Grottes.

¹⁶³⁰ *Ibid.*

été suffisamment informée des conditions dans lesquelles elle pouvait reprendre son enfant. Dans le même sens, la Cour juge que le délai d'un an entre la décision d'abandon et l'adoption prononcée n'est pas en soi contraire aux exigences de l'article 8¹⁶³¹. Toutefois, elle considère, dans l'arrêt *Todorova c/ Italie* du 13 janvier 2009¹⁶³², que la déclaration d'adoptabilité prise 27 jours après la naissance des enfants, sans avoir entendu la mère, représentait une mesure radicale.

566 Justification de la mesure. Dans l'affaire *Zambotto Perrin c/ France* du 26 septembre 2013¹⁶³³, la Cour européenne estime que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait le prononcé de son adoption plénière. En l'espèce, la mère avait présenté quelques mois après la naissance des troubles psychologiques qui ont conduit à plusieurs mesures d'hospitalisation ainsi qu'à son placement temporaire sous curatelle. Dans la mise en balance des intérêts, la Cour constate que l'enfant avait, du fait de la carence de la mère, bénéficié depuis sa naissance d'une prise en charge en pouponnière puis en famille d'accueil. La mère n'avait pas investi de lien de filiation de manière significative et la famille élargie n'avait pas manifesté plus d'intérêt pour l'enfant, s'étant abstenue de lui rendre visite. La Cour estime que les autorités locales ont pu estimer que la déclaration d'abandon était une mesure correspondant à l'intérêt supérieur de l'enfant et proportionnée au but légitime poursuivi. Dans l'affaire *Clemeno et autres c/ Italie* du 21 octobre 2008¹⁶³⁴, si la Cour admet qu'un enfant soit retiré à sa famille lorsque des suspicions d'abus sexuels qui pèsent sur son père, elle sanctionne la déclaration d'adoptabilité de l'enfant alors que la procédure pénale dirigée contre ce dernier était encore pendante. L'acquittement du père n'avait pas permis de modifier la décision. La Cour condamne, dans l'affaire *Soares de Melo c/ Portugal* du 16 février 2016¹⁶³⁵, la décision du placement en vue de leur adoption des six enfants fondée sur le refus de stérilisation de la mère.

567 Volonté de sauvegarder le lien. Si la Cour européenne, en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, privilégie l'épanouissement de celui-ci dans sa nouvelle famille, les affaires récentes montrent sa volonté de sauver ou de garder le lien entre

¹⁶³¹ *Zambotto Perrin c/ France* du 26 septembre 2013, req. n° 4962/11 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2013, p. 633, obs. E. Viganotti.

¹⁶³² *Todorova c/ Italie* du 13 janvier 2009, req. n° 33932/06.

¹⁶³³ *Zambotto Perrin c/ France*, préc.

¹⁶³⁴ *Clemeno et autres c/ Italie* du 21 octobre 2008, req. n° 19537/03 : *Dr. fam.* 2010, n° 1, étude 1, obs. A. Gouttenoire.

¹⁶³⁵ *Soares de Melo c/ Portugal* du 16 février 2016, req. n° 72850/14.

l'enfant et le parent biologique autant que possible. Dans l'affaire *Zhou c/ Italie* du 21 janvier 2014¹⁶³⁶, la Cour critique le refus des autorités italiennes de prononcer l'adoption simple d'un enfant confié qui aurait pu permettre le maintien des liens entre l'enfant et sa mère biologique. Dans cette affaire, la Cour consacre, pour la première fois, une obligation pour les Etats d'aider à favoriser le développement du lien familial entre le parent et son enfant avant d'envisager leur séparation.

C. La restriction et la suppression des droits parentaux

568 Ingérence. La restriction et la suppression des droits de visite constituent une ingérence dans la vie familiale de l'enfant et de ses parents, qu'il s'agisse d'une suspension ou suppression des droits de visite d'un parent après le placement ou d'une rupture du couple (1°). La déchéance de l'autorité parentale constitue une mesure très grave et doit être appréciée dans l'intérêt de l'enfant (2°).

1° La restriction et la suppression du droit de visite

569 Mesures extrêmement lourdes. Parmi les mesures pouvant réduire ou supprimer les contacts entre l'enfant et son parent, la Cour considère que des mesures de suppression totale de contacts sont des mesures extrêmement lourdes et elle est particulièrement exigeante lorsqu'elle examine les affaires dans cette hypothèse. Ainsi, elle considère que des mesures aboutissant à priver « totalement » le parent d'une vie familiale avec l'enfant, ne doivent être appliquées que « dans des circonstances exceptionnelles »¹⁶³⁷ et ne peuvent se justifier que « si elles s'inspirent d'une exigence primordiale touchant à l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁶³⁸. Selon la Cour, « l'extinction de tout droit parental en matière de visites ne cadrerait guère avec des notions fondamentales de la vie familiale ni avec les liens familiaux que l'article 8 de la Convention tend à protéger »¹⁶³⁹.

570 Condamnation. Dans l'affaire *Clemeno et autres c/ Italie* du 21 octobre 2008¹⁶⁴⁰, la Cour conclut à la violation de la Convention en raison de l'absence de contacts aboutissant à une déclaration d'adoptabilité de l'enfant. Dans l'affaire *Roda et*

¹⁶³⁶ *Zhou c/ Italie* du 21 janvier 2014, req. n° 33773/11 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire.

¹⁶³⁷ *Scozzari et Giunta c/ Italie* du 13 juillet 2000, req. n° 39221/98 et 41963/98 : *JCP G* 2001. I. 291, obs. F. Sudre ; *JDE* 2001, n° 76, p. 34, obs. P. Lambert ; *RTD Civ.* 2001, n° 2, p. 451, obs. J-P. Marguénaud.

¹⁶³⁸ *Johansen c/ Norvège*, préc., § 78.

¹⁶³⁹ *W. c/ Royaume-Uni*, préc., § 77.

¹⁶⁴⁰ *Clemeno et autres c/ Italie*, préc.

Bonfatti c/ Italie du 21 novembre 2006¹⁶⁴¹, la suppression de contacts avec la mère et le frère de l'enfant est considérée comme contraire à la Convention. Dans l'affaire *R.M.S. c/ Espagne* du 18 juin 2013¹⁶⁴², la Cour condamne les autorités espagnoles en raison de la rupture totale des liens entre la mère et l'enfant pendant le placement. Selon la Cour, il s'agit d'une décision disproportionnée, d'autant plus que la décision du placement – également condamnée par la Cour – était fondée sur la situation de précarité de la famille et non pas sur des violences ou des maltraitances. Elle rappelle que ce type de mesures doit être pris avec beaucoup de précautions car « la rupture du contact avec un enfant très jeune peut conduire à une altération croissante de sa relation avec son parent ». La Cour conclut également à la violation de la Convention dans l'affaire *Pontes c/ Portugal* du 24 septembre 2012¹⁶⁴³ en raison des restrictions des contacts entre un enfant placé et ses parents. La Cour précise, dans cet arrêt, que l'appréciation de la justification de la restriction du droit de visite doit se faire en vertu des circonstances prévalant à l'époque où les décisions ont été prises, et non après coup.

571 Grands-parents. La Cour estime que la restriction ou la suppression des contacts entre l'enfant placé et d'autres membres de la famille est également susceptible de constituer une violation de l'article 8 de la Convention. Ainsi, elle juge en faveur des grands-parents dont leur petite-fille avait été placée dans l'affaire *Mannuello et Nevi c/ Italie* du 20 janvier 2015¹⁶⁴⁴. En l'espèce, l'enfant associait ses grands-parents à son père et aux prétendus attouchements sexuels infligés par lui et pour lesquels il a été acquitté. La Cour condamne l'Italie en raison de la rupture quasi totale entre les requérants et l'enfant malgré les soupçons d'attouchements sexuels.

572 Mesures justifiées. Si la Cour européenne reste très vigilante lorsqu'elle contrôle les décisions aboutissant à restreindre ou supprimer des contacts entre l'enfant et ses parents, elle accepte dans plusieurs hypothèses que les restrictions au droit de visite soient justifiées¹⁶⁴⁵. Tel est le cas dans les affaires *Gnahoré c/ France* du 19

¹⁶⁴¹ *Roda et Bonfatti c/ Italie* du 21 novembre 2006, req. n° 10427/02.

¹⁶⁴² *R.M.S. c/ Espagne* du 18 juin 2013, req. n° 28755/12 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire, *AJF* 2013, p. 500, obs. M. Rouillard.

¹⁶⁴³ *Pontes c/ Portugal* du 24 septembre 2012, req. n° 19554/09 : *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3.

¹⁶⁴⁴ *Mannuello et Nevi c/ Italie* du 20 janvier 2015, req. n° 62198/11 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *RJPF* 2015, p. 2 ; *AJF* 2015, p. 101, obs. E. Viganotti.

¹⁶⁴⁵ Ces mesures sont justifiées à condition d'accorder les garanties procédurales aux parents lors du déroulement de la procédure, voir *Infra.*, n° 578 et s.

septembre 2000¹⁶⁴⁶, *Olsson (n°2) c/ Suède* du 27 novembre 1992¹⁶⁴⁷ et *Covezzi et Morselli c/ Italie* du 9 mai 2003¹⁶⁴⁸.

573 Parent en prison. Dans le même d'ordre d'idées, la séparation de l'enfant d'avec son parent en raison de l'incarcération de ce dernier ne doit pas pour autant signifier la rupture définitive des contacts. Selon la Cour, « une interdiction absolue de visites ne peut se justifier que par des circonstances exceptionnelles »¹⁶⁴⁹. La Cour admet que les circonstances particulières de l'emprisonnement limitent les obligations positives de réunir la famille. Ainsi, selon elle, « pour préciser les obligations que les Etats contractants assument en vertu de l'article 8 en matière de visites en prison, il faut avoir égard aux exigences normales et raisonnables de l'emprisonnement et à l'étendue de la marge d'appréciation à réserver en conséquence aux autorités nationales lorsqu'elles réglementent les contacts d'un détenu avec sa famille »¹⁶⁵⁰. Dans l'affaire *Trosin c/ Ukraine* du 23 février 2012¹⁶⁵¹, la Cour européenne sanctionne sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale, les restrictions excessives de la vie familiale de la personne détenue.

574 Parent séparé. L'intérêt supérieur de l'enfant peut ainsi faire obstacle aux droits des parents afin de protéger la santé physique et psychique de l'enfant. Dans l'affaire *Schaal c/ Luxembourg* du 18 février 2003¹⁶⁵², la Cour européenne considère que « le requérant fut inculpé de viol et d'attentat à la pudeur sur la personne de sa fille. Ainsi, en attendant l'issue de la procédure pénale, l'intérêt de la mineure légitimait la suspension du droit de visite »¹⁶⁵³ en raison de la violence avérée du père.

2° La déchéance de l'autorité parentale

575 Déchéance automatique de l'autorité parentale. La Cour européenne condamne la déchéance automatique de l'autorité parentale pendant l'exécution de la peine de prison. Dans l'affaire *Sabou et Pircalab c/ Roumanie* du 28 septembre

¹⁶⁴⁶ *Gnahoré c/ France* du 19 septembre 2000, req. n° 40031/98 : *RD publ.* 2001, p. 682, obs. A. Gouttenoire-Cornut ; *RTDH* 2001, n° 48, p. 1065, obs. M. Puechavy ; *JDI* 2001, n° 1, p. 161 ; *JDE* 2001, n° 76, p. 34, obs. P. Lambert ; *D.* 2001, n° 9, p. 725, obs. F. Rolin.

¹⁶⁴⁷ *Olsson n° 2 c/ Suède* du 27 novembre 1992 : *JDI* 1989, p. 789 ; *JDI* 1993, n° 3, p. 715, obs. P. Tavernier ; *RCS* 1988, p. 573, obs. L.-E. Pettiti ; *GACEDH* comm. n° 50, p. 509 ; *AJDA* 1993, n°2, p. 105, obs. J.-F. Flauss.

¹⁶⁴⁸ *Covezzi et Morselli c/ Italie* du 9 mai 2003, req. n° 52763/99 : *Europe* 2003, n° 8, p. 33, obs. N. Deffains.

¹⁶⁴⁹ *Lavents c/ Lettonie* du 28 novembre 2002, req. n° 58442/00, § 141.

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*

¹⁶⁵¹ *Trosin c/ Ukraine* du 23 février 2012, req. n° 39758/05 : *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.

¹⁶⁵² *Schaal c/ Luxembourg* du 18 février 2003, req. n° 51773/99.

¹⁶⁵³ *Ibid.*, § 47.

2004¹⁶⁵⁴, le premier requérant, journaliste, a été condamné pour diffamation à une peine de dix mois de prison assortie de la peine accessoire prévue par le code pénal roumain, à savoir l'interdiction pendant la détention de l'exercice notamment de ses droits parentaux. Dans le cas d'espèce, c'est le caractère automatique de la peine qui est sanctionné par la Cour. Celle-ci exige de la part des autorités compétentes une appréciation concrète des faits d'espèce, en tenant compte de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, la Cour rappelle que « dans les affaires de ce type, l'examen de ce qui sert au mieux l'intérêt de l'enfant est toujours d'une importance cruciale, que l'intérêt de l'enfant doit passer avant toute considération et que seul un comportement particulièrement indigne peut autoriser qu'une personne soit privée de ses droits parentaux dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». La Cour observe que l'infraction pour laquelle le requérant a été condamné était totalement étrangère aux questions liées à l'autorité parentale et qu'à aucun moment, il n'a été allégué un manque de soins ou des mauvais traitements de sa part envers ses enfants. Les affaires ultérieures confirment la jurisprudence *Sabou et Pircalab* : l'on peut citer par exemple l'affaire *Iordache c Roumanie* du 14 janvier 2009¹⁶⁵⁵ dans laquelle le requérant a été condamné pour l'homicide du concubin de sa femme et l'affaire *Calmanovici c/ Roumanie* du 10 février 2009¹⁶⁵⁶ dans laquelle le requérant a été condamné pour des délits de corruption passive et de soustraction de documents.

576 **Condamnation pénale.** Dans l'affaire *M.D. c/ Malte* du 17 juillet 2012¹⁶⁵⁷, constitue une violation de l'article 8 de la Convention la déchéance automatique et permanente des droits parentaux d'une mère après sa condamnation pour mauvais traitements sur ses enfants. La Cour européenne rappelle dans cet arrêt que la déchéance des droits parentaux est une mesure particulièrement radicale qui ne doit être appliquée que dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'elle est justifiée par une exigence impérieuse liée à l'intérêt supérieur de l'enfant. La mise en œuvre automatique de la mesure, sans contrôle des tribunaux ni examen des questions de savoir si elle correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant, et le caractère permanent de la mesure n'ont

¹⁶⁵⁴ *Sabou et Pircalab c/ Roumanie* du 28 septembre 2004, req. n° 46572/99 : *JDI* 2005, n° 2, p. 534, obs. C. de la Hougue.

¹⁶⁵⁵ *Iordache c/ Roumanie* du 14 janvier 2009, req. n° 6817/02 : *JCP G* 2009, n° 3, p. 27, obs. F. Sudre.

¹⁶⁵⁶ *Calmanovici c/ Roumanie* du 10 février 2009, req. n° 42250/02 : *Dr. Pen.* 2009, n° 4, p. 16, obs. E. Dreyer.

¹⁶⁵⁷ *M.D. et autres c/ Malte* du 17 juillet 2012, req. n° 64791/10 : *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.

pas permis de ménager un juste équilibre entre les intérêts des enfants, ceux de leur mère et ceux de la société en général.

577 Adoption de l'enfant. Dans le but de faire bénéficier aux enfants le plus rapidement possible de relations affectives stables dans sa nouvelle famille, la Cour juge dans l'affaire *I.S. c/ Allemagne* du 5 juin 2014¹⁶⁵⁸ que lorsque le parent donne son consentement à l'adoption, cela peut entraîner pour celui-ci une perte de son droit d'entretenir des relations avec ses enfants. Le fait de privilégier la famille adoptive est ici justifié.

§ 2 : La protection procédurale dans le cadre de la protection de l'enfant contre ses parents

578 Fondements. Selon la Cour européenne, la mesure du placement doit respecter les garanties procédurales tant au regard de l'article 6 que de l'article 8 de la Convention. C'est pourquoi la plupart des arrêts de la Cour relatifs à la procédure d'assistance éducative procèdent à un examen sur les deux fondements¹⁶⁵⁹. La Cour a développé, à partir de l'arrêt *W. c/ Royaume-Uni* du 8 juillet 1987¹⁶⁶⁰, une jurisprudence tendant à déduire de l'article 8 une protection procédurale des parents en la matière. C'est à partir de l'arrêt *McMichael c/ Royaume-Uni* du 24 février 1995¹⁶⁶¹ que la Cour consacre expressément l'autonomie de l'article 8 comme fondement de la protection des droits procéduraux des parents. Cette protection procédurale a été étendue à tous les domaines concernant les relations parents-enfants.

579 Obligations et dérogations. A travers sa jurisprudence, la Cour européenne impose aux Etats des obligations positives afin de protéger les droits procéduraux des parents mais elle admet que les dérogations à ces droits sont conformes aux exigences de la Convention en raison de la protection de l'enfant. Dans l'affaire *B.B. et F.B. c/ Allemagne* du 14 mars 2013¹⁶⁶², la Cour sanctionne l'insuffisance de motivation de la part des juges internes dans une décision aboutissant au retrait de l'autorité parentale des parents en raison des soupçons non confirmés de violences sur les enfants.

¹⁶⁵⁸ *I.S. c/ Allemagne* du 5 juin 2014, req. n° 31021/08 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire.

¹⁶⁵⁹ Voir sur ce point, 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, p. 303.

¹⁶⁶⁰ *W. c/ Royaume-Uni*, préc.

¹⁶⁶¹ *McMichael c/ Royaume-Uni*, préc.

¹⁶⁶² *B.B. et F.B. c/ Allemagne* du 14 mars 2013, req. n° 18734/09 et 9424/11 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12.

Toutefois, dans l'affaire *Diamante et Pelliccioni c/ Saint-Marin* du 27 septembre 2011¹⁶⁶³, la Cour conclut à la non-violation de l'article 8 de la Convention en raison de la procédure ayant abouti à la réduction du droit de visite de la mère. En l'espèce, la Cour relève que la mère, assistée par un avocat, a eu la possibilité d'exposer ses arguments et a pu participer aux différentes audiences. Elle a en outre eu accès aux pièces du dossier, en particulier aux enregistrements vidéo de ses visites à sa fille. La Cour s'interroge ainsi sur l'association des parents au processus décisionnel (A.), l'accès des parents aux informations (B.) et la célérité de la procédure (C.).

A. L'association des parents au processus décisionnel

580 Principe. Les parents doivent être consultés et ils doivent pouvoir participer efficacement au processus décisionnel. Selon la Cour européenne, en matière d'autorité parentale, le processus décisionnel aboutissant à la mesure litigieuse doit être équitable et ménager aux parties un rôle respectant leurs intérêts. La Cour, lorsqu'elle vérifie si les autorités nationales ont respecté les garanties procédurales, doit déterminer si les parents ont pu jouer un rôle suffisant dans le processus décisionnel¹⁶⁶⁴.

581 Condamnation. La Cour conclut à la violation de l'article 8 dans l'arrêt *Covezzi et Morselli c/ Italie* du 9 mai 2003¹⁶⁶⁵ en raison de l'implication insuffisante des parents dans le processus décisionnel. Dans le cadre de l'adoption d'un enfant placé, la Cour sanctionne, dans l'arrêt *X. c/ Croatie* du 17 juillet 2008, l'exclusion automatique de la procédure d'adoption d'une mère qui s'était vue retirer l'exercice de l'autorité parentale¹⁶⁶⁶. Dans l'affaire *M.D. c/ Malte*, l'impossibilité pour une mère de contester la déchéance de ses droits parentaux prononcée à la suite d'une condamnation pénale pour maltraitances est également sanctionnée sur le fondement des articles 6 § 1 et 8 de la Convention¹⁶⁶⁷. Dans l'affaire *W. c/ Royaume-Uni*, la Cour conclut à la violation de l'article 6 de la Convention en raison de l'impossibilité de contester les modalités des

¹⁶⁶³ *Diamante et Pelliccioni c/ Saint-Marin* du 27 septembre 2011, req. n° 32250/08 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire.

¹⁶⁶⁴ *Couillard Maugery c/ France* du 1^{er} juillet 2004, req. n° 64796/01, § 303 ; *Haase c/ Allemagne* du 8 avril 2004, req. n° 11057/02.

¹⁶⁶⁵ *Covezzi et Morselli c/ Italie* du 9 mai 2003, req. n° 52763/99 : *Europe* 2003, n° 8, p. 33, obs. N. Deffains.

¹⁶⁶⁶ *X. c/ Croatie* du 17 juillet 2008, req. n° 11223/04 ; dans le même sens, *Todorova c/ Italie* du 13 janvier 2009, req. n° 33932/06.

¹⁶⁶⁷ *M.D. et autres c/ Malte* du 17 juillet 2012, req. n° 64791/10 : *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.

droits de visite¹⁶⁶⁸. En l'espèce, s'il était possible de solliciter la main levée de la décision de placement, c'est l'absence de recours indépendant relatif au seul droit de visite qui fut condamnée par la Cour. Constitue également une violation de la Convention, l'impossibilité pour la mère des enfants placés de réagir aux documents présentés par les services sociaux dans l'affaire *Buchberger c/ Autriche* du 20 décembre 2001¹⁶⁶⁹. Dans l'affaire *Hunt c/ Ukraine* du 7 décembre 2006¹⁶⁷⁰, la Cour européenne considère que le droit au respect de la vie familiale du père est enfreint en raison de sa participation insuffisante dans la procédure aboutissant à la décision de le priver de ses droits parentaux à l'égard de son fils.

582 Avocat. L'affaire *B. c/ Roumanie* du 19 février 2013¹⁶⁷¹ concerne une question de l'exercice des droits parentaux par les personnes atteintes de troubles mentaux. Dans cette affaire, la Cour sanctionne les autorités compétentes pour ne pas avoir pris de mesures de protection spéciale en faveur de la mère de l'enfant atteinte de troubles psychiques. Elle relève ainsi que lors des procédures de placement, la requérante n'a pas pu bénéficier d'un avocat commis d'office, ni de la nomination d'un curateur. L'absence d'avocat constituait une violation de l'article 6 de la Convention dans l'affaire *P., C. et S. c/ Royaume-Uni* concernant la procédure de prise en charge, procédure ayant abouti à une déclaration d'adoptabilité¹⁶⁷².

583 Participation du père biologique à l'adoption de son enfant. La situation conflictuelle et précaire dans les relations de couples non mariés peut parfois aboutir à la situation dans laquelle la mère remet l'enfant aux services sociaux en vue d'une adoption, souvent à l'insu du père naturel et sans son consentement. Cette situation n'est pas du tout favorable à ce dernier dont le lien avec son enfant peut être rompu de manière définitive en raison de la seule volonté de la mère de l'enfant. Allant dans le sens de la protection de la famille naturelle, la Cour européenne conclut à la violation de l'article 8 de la Convention dans l'affaire *Keegan c/ Irlande* du 19 avril 1994¹⁶⁷³. En l'espèce, le requérant (le père naturel de l'enfant) se plaint du placement secret de sa

¹⁶⁶⁸ *W. c/ Royaume-Uni*, préc., §§ 80 à 83.

¹⁶⁶⁹ *Buchberger c/ Autriche* du 20 décembre 2001, req. n° 32899/96.

¹⁶⁷⁰ *Hunt c/ Ukraine* du 7 décembre 2006, req. n° 31111/04.

¹⁶⁷¹ *B. c/ Roumanie* du 19 février 2013, req. n° 1285/03 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2013, p. 232, obs. G. Vial.

¹⁶⁷² *P., C. et S. c/ Royaume-Uni*, préc., §§ 92 à 100.

¹⁶⁷³ *Keegan c/ Irlande* du 19 avril 1994 : *JCP G* 1995. I. 3823, obs. F. Sudre ; *JDI* 1995, n° 3, p. 763, obs. P. Tavernier.

filles en vue de son adoption à son insu et sans son consentement. En effet, le requérant a vu sa fille une fois alors qu'elle était âgée d'un jour mais il n'a pu la revoir par la suite en raison de l'opposition de la mère. Avant même la naissance, celle-ci avait pris des dispositions pour faire adopter son enfant. Devant les juridictions irlandaises, le père avait obtenu la tutelle et la garde de l'enfant, mais à la suite d'une procédure devant la Cour suprême, la High Court reprit l'affaire et donna finalement raison à la mère naturelle et aux parents adoptifs. Estimant que la Convention a été violée, la Cour estime que « cet état de choses a non seulement nui au bon développement des liens de M. Keegan avec sa fille, mais a mis en branle un processus risquant de devenir irréversible [...] »¹⁶⁷⁴.

584 Famille d'accueil. Dans l'affaire *Moretti et Benedetti* du 27 avril 2010¹⁶⁷⁵, dans laquelle la famille d'accueil a introduit une demande d'adoption de l'enfant qu'ils accueillaient, la Cour conclut à la violation de l'article 8 et elle « estime regrettable »¹⁶⁷⁶ que le tribunal n'ait pas examiné la demande d'adoption des requérants avant de déclarer l'enfant adoptable et de choisir la nouvelle famille.

585 Circonstances exceptionnelles. La Cour admet toutefois l'absence d'association des parents au processus décisionnel dans des circonstances exceptionnelles¹⁶⁷⁷, lorsqu'elle deviendrait « une menace immédiate pour l'enfant ». Rappelons que la Cour européenne estime qu'elle doit examiner séparément la décision de prise en charge d'urgence et la décision de prise en charge ordinaire pour chaque enfant car il s'agit de différents types de décisions aux conséquences différentes¹⁶⁷⁸. La Cour admet que « lorsqu'une décision de prise en charge d'urgence s'impose, il n'est peut-être pas toujours possible, à cause du caractère urgent de la situation, d'associer les personnes investies de la garde de l'enfant au processus décisionnel »¹⁶⁷⁹. Toutefois, la Cour exige de la part des autorités étatiques de fonder leur raisonnement sur « des circonstances justifiant de soustraire brusquement les enfants aux soins [de leurs

¹⁶⁷⁴ *Keegan c/ Irlande*, préc., § 55.

¹⁶⁷⁵ *Moretti et Benedetti c/ Italie* du 27 avril 2010, req. n° 16318/07 : *JCP G* 2010, n° 37, p. 1699 ; *JCPG* 2010, n° 35, p. 1587, obs. F. Sudre ; *Procédures* 2010, n° 6, p. 16, obs. N. Fricéro ; *JCP G* 2010, n° 21, 587, obs. F. Sudre.

¹⁶⁷⁶ *Moretti et Benedette c/ Italie*, préc., § 70.

¹⁶⁷⁷ *K. et T. c/ Finlande*, préc., § 166.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, § 165.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, § 166.

parents] sans que les autorités eussent pris contact avec ces derniers ou les aient consultés au préalable »¹⁶⁸⁰.

586 Absence d'audition justifiée. Dans l'affaire *Covezzi et Morselli c/ Italie* du 9 mai 2003, la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention en raison de l'absence d'audition des requérants. En l'espèce, elle considère qu' « il y a lieu de reconnaître que l'existence de liens étroits entre les deux requérants et certaines des personnes – le père et les frères de la requérante notamment – accusées de s'être livrées à des violences sexuelles sur leurs enfants pouvait raisonnablement amener les autorités compétentes à penser que le fait d'informer les requérants au préalable de la mise en œuvre de la procédure d'éloignement aurait pu porter préjudice aux enfants »¹⁶⁸¹. De même, la Cour décide que l'absence d'audition préalable du père dans l'affaire *Errico c/ Italie* du 24 février 2009¹⁶⁸² était proportionnée et nécessaire à la protection de la santé et des droits de l'enfant, au vu de l'existence de fortes présomptions d'abus sexuels.

B. L'accès des parents aux informations

587 Principe. La Cour juge essentiel « qu'un parent puisse avoir accès aux informations invoquées par les autorités pour prendre son enfant en charge dans un but de protection. Tout parent peut revendiquer un intérêt à être informé de la nature et de la portée des allégations d'abus formulées par son enfant. Il importe en effet qu'il soit en mesure non seulement de faire valoir les éléments tendant à démontrer sa capacité à fournir à l'enfant des soins et une protection convenables, mais également de comprendre et surmonter des événements traumatisants ayant un impact sur toute la famille »¹⁶⁸³. Elle précise que ces éléments doivent être mis à la disposition du parent « même s'il n'en fait pas la demande »¹⁶⁸⁴.

588 Enregistrement vidéo. L'accès aux informations par les parents trouve ses limites dans l'intérêt de l'enfant. Ainsi, la Cour estime qu' « il peut toutefois y avoir des exemples où la divulgation des déclarations d'un enfant peut mettre celui-ci en danger. Un parent ne peut donc pas avoir un droit absolu de voir, par exemple, les

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*

¹⁶⁸¹ *Covezzi et Morselli c/ Italie*, préc., § 109.

¹⁶⁸² *Errico c/ Italie* du 24 février 2009, req. n° 29768/05.

¹⁶⁸³ *T.P. et K.M. c/ Royaume-Uni*, préc., § 80.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, § 82.

enregistrements vidéo des entretiens conduits par des professionnels de la santé »¹⁶⁸⁵. Dans l'affaire *T.P. et K.M. c/ Royaume-Uni* du 10 mai 2001¹⁶⁸⁶, la Cour estime que la question de l'opportunité de communiquer l'enregistrement vidéo de l'entretien et de sa transcription aurait dû être tranchée rapidement, afin de donner à la mère de l'enfant une possibilité effective de répondre aux allégations selon lesquelles sa fille ne pouvait pas lui être confiée de nouveau sans risque. En s'abstenant de porter la question devant les tribunaux, l'autorité locale a privé l'intéressée d'une participation adéquate au processus décisionnel concernant la prise en charge de sa fille.

589 **Condamnation.** En se fondant sur l'article 6 de la Convention, la Cour européenne estime dans l'affaire *Mc Michael c/ Royaume-Uni* du 24 février 1995, que l'impossibilité d'accéder aux parties des documents déposés dans le dossier constitue une violation de la Convention. Dans l'affaire *Moser c/ Autriche*, le fait pour un parent de ne pas avoir pu prendre connaissance des rapports des services sociaux et de ne pas avoir pu y répondre est également contraire aux dispositions de cet article¹⁶⁸⁷.

590 **Compréhension des informations.** La Cour se prononce également dans les affaires relatives à l'adoption de l'enfant. C'est très largement la délivrance d'une information correcte – notamment grâce à une traduction – et des modalités de mise en œuvre appropriées qui ont valu à la France de ne pas être condamnée dans l'affaire *Kearns c/ France* où une femme irlandaise, venue accouchée anonymement, souhaitait tardivement se rétracter et reprendre l'enfant¹⁶⁸⁸. C'est en se fondant sur le respect du principe du contradictoire garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, dans l'affaire *Nova et Silva c/ France* du 25 septembre 2012¹⁶⁸⁹, que la Cour sanctionne l'absence de communication aux parties des pièces du dossier dont le juge a eu connaissance.

C. Le respect du délai raisonnable

591 **Écoulement du temps.** Selon la Cour européenne, le processus décisionnel de placement de l'enfant doit respecter un délai raisonnable car « un respect effectif de la vie familiale commande que les relations futures entre parents et enfants se règlent sur la base de l'ensemble des éléments pertinents et non par le simple écoulement du

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, § 80.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*,

¹⁶⁸⁷ *Moser c/ Autriche*, préc., § 87.

¹⁶⁸⁸ *Kearns c/ France*, préc.

¹⁶⁸⁹ *Nova et Silva c/ France* du 25 septembre 2012, req. n° 53615/08 : *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.

temps »¹⁶⁹⁰. Comme le rappelle souvent la Cour européenne, les procédures relatives aux droits parentaux exigent un traitement urgent car l'écoulement du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre les enfants et le ou les parents qui ne vivent pas avec eux¹⁶⁹¹. La durée excessive de la procédure d'assistance éducative est susceptible de constituer une violation de l'article 8 ou de l'article 6 de la Convention.

592 Obligation de célérité. L'article 6 § 1 impose aux autorités nationales compétentes d'agir avec une diligence exceptionnelle pour garantir un déroulement rapide de la procédure relative aux relations parents-enfants¹⁶⁹². Ainsi, la Cour considère dans l'affaire *Bronda c/ Italie* du 9 juin 1998¹⁶⁹³ que la Convention a été violée en raison de la longueur de la procédure. De même, dans l'affaire *Schmidt c/ France* du 10 mai 2001, la Cour européenne condamne la France car la Cour de cassation a examiné l'affaire trop tardivement. Dans cette affaire, la condamnation de la France vient également du caractère inefficace du pourvoi en cassation en la matière. La Cour remet ainsi en cause l'utilité du pourvoi en cassation en matière d'assistance éducative dans une affaire où, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, le pourvoi en cassation n'avait pas été examiné parce qu'au moment où il aurait dû l'être la mesure sur laquelle il portait avait été levée¹⁶⁹⁴. Toutefois, la Cour considère dans l'affaire *Eriksson c/ Suède* du 22 juin 1989 qu'une procédure comprenant trois niveaux de juridictions et ayant duré vingt mois ne porte pas atteinte à l'exigence de durée raisonnable du procès¹⁶⁹⁵. Le retard dans le processus décisionnel peut être également justifié par la complexité des questions que les tribunaux ont à trancher. C'est en ce sens que la Cour conclut à l'absence de violation de la Convention dans les affaires *Johansen*¹⁶⁹⁶ et *Wallowa et Walla c/ République tchèque*¹⁶⁹⁷.

¹⁶⁹⁰ *Wallowa et Walla c/ République tchèque*, préc., § 60.

¹⁶⁹¹ *Schmidt c/ France*, préc.

¹⁶⁹² *Johansen c/ Norvège*, préc., § 87.

¹⁶⁹³ *Bronda c/ Italie*, préc.

¹⁶⁹⁴ *GACEDH*, n° 52.

¹⁶⁹⁵ *Eriksson c/ Suède* du 22 juin 1989, req. n° 11373/85, § 77.

¹⁶⁹⁶ *Johansen c/ Norvège*, préc., § 88.

¹⁶⁹⁷ *Wallowa et Walla c/ République tchèque*, préc., § 74.

Section 2 : Le maintien des relations parents-enfants face à la politique d'immigration

593 Protection « par ricochet ». L'article 4 du Protocole n° 4 interdisant les expulsions collectives d'étrangers et l'article 1^{er} du Protocole n° 7 fixant des garanties procédurales en cas d'expulsion des étrangers offrent deux types de protection spécifiques des droits des étrangers. Mis à part ces deux articles, les droits des étrangers ne sont pas directement protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 8 de la Convention n'a pas été élaboré pour offrir une protection spécifique aux étrangers, mais il est établi qu'il est l'un des principaux vecteurs de la protection « par ricochet » de ceux-ci¹⁶⁹⁸. Ainsi, si la mesure d'expulsion ou le refus de regroupement familial ne sont pas en eux-mêmes contraires aux dispositions de la Convention européenne, ils peuvent porter atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale lorsqu'ils entraînent une séparation des membres de la famille. Depuis l'affaire *Berrehab c/ Pays-Bas* du 21 juin 1988¹⁶⁹⁹, la Cour européenne déduit des dispositions de la Convention la nécessité de protéger la vie privée et familiale des étrangers lorsque sont en cause les mesures d'éloignement ou regroupement familial. Selon la Cour, il faut vérifier, non seulement la réalité de la base légale de la mesure, mais également « si l'atteinte au droit du respect à la vie familiale qui en résulte n'est pas excessive eu égard à l'intérêt public qu'il s'agit de protéger »¹⁷⁰⁰. La doctrine en la matière est abondante¹⁷⁰¹.

594 Souveraineté de l'Etat. Les décisions de la Cour européenne sont prononcées contre des mesures de police ou des décisions pénales concernant l'entrée et le séjour des étrangers sur le territoire des Etats membres et la position de la Cour en ce domaine

¹⁶⁹⁸ *GACEDH*, n° 55.

¹⁶⁹⁹ *Berrehab c/ Pays-Bas* du 21 juin 1988, série A. n° 138, § 29 : *Gaz. Pal.* 1998, n° 46, p. 30, obs. E. Guild ; V. Berger, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Paris : éd. Dalloz-Sirey, édition 2011, p. 471 ; *RSC* 1988, p. 845, obs. L.-E. Pettiti et F. Teitgen ; *JDI* 1990, p. 822, obs. P. Rolland et P. Tavernier.

¹⁷⁰⁰ *Berrehab c/ Pays-Bas*, préc., § 29.

¹⁷⁰¹ Voir notamment, M. Levinet, « L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1999, p. 89 ; I. Huet, « La double peine et la Convention européenne des droits de l'homme », in P. Lambert et C. Pettiti (dir.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 59 ; M.-B. Dembour, « Etranger ou quasi-nationaux ? Le choix des droits de l'homme », *RTDH* 2002, p. 963 ; G. De Beco, « L'expulsion des étrangers mineurs délinquants : une lueur de clarté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2009, 1901.

est généralement respectueuse de la souveraineté des Etats, visant ainsi à préserver le principe de subsidiarité. Une large marge d'appréciation est accordée aux Etats. Depuis l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni* du 28 mai 1985¹⁷⁰², la Cour considère qu'« il incombe aux Etats contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu du principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux ». Selon la Cour, l'article 8 garantit seulement l'exercice du droit au respect de la vie familiale « existante » et l'Etat n'est pas tenu de laisser un étranger pénétrer sur son territoire pour y créer des liens familiaux nouveaux¹⁷⁰³. De plus, il ne saurait y avoir violation de l'article 8 par une mesure de refoulement ou d'éloignement si l'unité de la vie familiale peut se reconstituer ailleurs¹⁷⁰⁴. Ce n'est pas non plus parce que l'étranger a fondé une famille et mis ainsi les autorités du pays d'accueil devant le fait accompli que cela entraîne pour celles-ci l'obligation, au titre de l'article 8 de la Convention, de l'autoriser à s'installer dans le pays. Ainsi, la Cour rappelle qu'« en général, les personnes qui se trouvent dans cette situation ne sont pas fondées à espérer qu'un droit de séjour leur sera octroyé »¹⁷⁰⁵. L'article 8 ne saurait non plus « s'interpréter comme comportant pour un Etat contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays »¹⁷⁰⁶.

595 Critères d'appréciation. La Cour européenne admet que dans ce type d'affaire, l'étendue de l'obligation pour l'Etat d'admettre sur son territoire des proches de personnes qui y résident « varie en fonction de la situation particulière des personnes concernées et de l'intérêt général »¹⁷⁰⁷. Par conséquent, elle énumère les facteurs à prendre en considération dans ce contexte : la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des attaches que les personnes concernées ont dans l'Etat contractant en cause, la question de savoir s'il existe ou non des obstacles

¹⁷⁰² *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni* du 28 mai 1985, A 94.

¹⁷⁰³ *Ibid.* § 62.

¹⁷⁰⁴ *Cruz Varas et autres c/ Suède* du 20 mars 1991, série A. 201, § 68.

¹⁷⁰⁵ Voir par exemple, *Rodriguez da Silva et Hoogkamer c/ Pays-Bas*, du 31 janvier 2006, req. n° 50435/99, § 43.

¹⁷⁰⁶ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, préc., § 68.

¹⁷⁰⁷ Les principes rappelés en dernier lieu dans l'affaire *Jeunesse c/ Pays-Bas* du 13 novembre 2013, req. n° 12738/10, § 107 : *JCP G* 2015, n° 3, doct. 70, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2014, *alerte* 54, obs. V. Égéa.

insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine de l'étranger concerné et celle de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration (par exemple, des précédents d'infractions aux lois sur l'immigration) ou des considérations d'ordre public pesant en faveur d'une expulsion¹⁷⁰⁸.

596 Un mineur pas comme les autres. Les mesures concernant la politique d'immigration peuvent porter atteinte à la vie familiale d'un enfant lorsqu'un de ses parents est frappé par la mesure d'éloignement ou lorsqu'il est lui-même frappé par cette mesure. L'impossibilité pour un enfant de rejoindre le reste de sa famille s'étant installée dans un autre pays peut également avoir des incidences non souhaitables sur sa vie familiale. La question centrale en ce domaine est de trouver un équilibre entre la protection de la vie familiale de l'enfant et le respect de la politique d'immigration des Etats. Il s'agit ici d'un équilibre fragile car le mineur étranger ne peut pas être un étranger comme les autres. Il est mineur, et donc par définition vulnérable, il doit être protégé. Mais c'est aussi un étranger, et les droits européens n'ont jamais obligé les Etats à renoncer à toute politique migratoire¹⁷⁰⁹.

597 Intérêt supérieur de l'enfant. Considéré comme le critère central dans les affaires concernant les relations parents-enfants, la Cour européenne n'hésite pas à associer l'intérêt supérieur de l'enfant de l'article 3 § 1 de la CIDE aux affaires concernant les mineurs étrangers. Aujourd'hui, « cette notion est plus que jamais au cœur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit au respect de la vie familiale des étrangers qu'il s'agisse de décisions d'éloignement ou de regroupement familial »¹⁷¹⁰. Dans les affaires récentes, la Cour estime que « lorsque des enfants sont concernés, il faut prendre en compte leur intérêt supérieur »¹⁷¹¹ et elle souligne que « l'idée selon laquelle l'intérêt supérieur des enfants doit primer dans toutes les décisions qui les concernent fait l'objet d'un large consensus, notamment en droit international »¹⁷¹² et que « cet intérêt n'est certes pas déterminant à lui seul, mais il faut assurément lui accorder un poids important »¹⁷¹³. Par ailleurs, l'article 10 § 1 de la

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*

¹⁷⁰⁹ S. Platon, « Droits européens et mineurs étrangers », in C. Gauthier, M. Gautier et A. Gouttenoire (dir.), *Mineurs et droits européens*, coll. Droits européens, Pédone, 2012, p. 77.

¹⁷¹⁰ A. Gouttenoire, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2.

¹⁷¹¹ *Tuquabo-Tekle et autres c/ Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2005, req. n° 60665/00, § 44 ; *Jeunesse c/ Pays-Bas*, préc., § 109.

¹⁷¹² *Jeunesse c/ Pays-Bas*, préc., § 109.

¹⁷¹³ *Ibid.*

CIDE¹⁷¹⁴ auquel la Cour européenne fait référence dans l'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006¹⁷¹⁵, « s'il ne consacre pas un véritable droit de l'enfant au regroupement familial, constitue toutefois une forte incitation pour les Etats à favoriser la réunification familiale lorsqu'un enfant est concerné »¹⁷¹⁶.

598 Plan. A travers sa jurisprudence, la Cour européenne se livre ainsi à examiner les affaires concernant, d'une part, le regroupement familial (§ 1), et d'autre part, les mesures d'éloignement (§ 2).

§ 1 : Le regroupement familial

599 Assouplissement de la jurisprudence concernant le droit de l'enfant au regroupement familial. Il est relativement courant que des parents ayant décidé d'émigrer dans un Etat d'accueil confient temporairement la garde et l'éducation de leurs enfants à des membres de la famille restés dans le pays d'origine. Par la suite, une fois bien installés dans l'Etat d'accueil, ils demandent alors pour leurs enfants une autorisation de séjour dans le cadre du regroupement familial. Pendant longtemps, la jurisprudence de la Cour est restée très défavorable aux enfants (A.) mais celle-ci a été corrigée par l'arrêt *Sen c/ Pays-Bas* du 21 décembre 2001¹⁷¹⁷ (B.).

A. La jurisprudence antérieure : le strict refus de regroupement familial en faveur de l'enfant

600 Jurisprudence défavorable aux enfants. Tout en rappelant que la rupture provisoire des relations parents-enfants ne met, en principe, pas fin au lien qui les unit car « des événements ultérieurs ne peuvent briser [ce lien] que dans des circonstances exceptionnelles »¹⁷¹⁸, la Cour estimait souvent que l'existence de ce lien n'était pas

¹⁷¹⁴ L'article 10 § 1 de la CIDE prévoit que « conformément à l'obligation incombant aux Etats parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un Etat partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les Etats parties dans un espoir positif, avec humanité et diligence. Les Etats parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leur famille.

¹⁷¹⁵ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006, req. n° 13178/03, § 96 : *D.* 2007, n° 11, p. 771, obs. P. Muzny ; *RCDIP* 2008, n° 1, p. 35, obs. C. Cournil.

¹⁷¹⁶ Voir, A. Gouttenoire, C. Gris, M. Martinez, B. Maumont, P. Murat, « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après : commentaire article par article », *Dr. fam.* 2009, p. 26, dossier 13.

¹⁷¹⁷ *Sen c/ Pays-Bas* du 21 décembre 2001, req. n° 31465/96.

¹⁷¹⁸ *Gül c/ Suisse* du 19 février 1996, Recueil 1996-I, p. 175, § 32 : *JDI* 1997, n° 1, p. 200.

suffisamment fort pour justifier le regroupement familial. Différentes justifications ont été avancées.

601 Choix des parents. Rappelant dans l'affaire *Gül c/ Suisse* du 19 février 1996¹⁷¹⁹ que ce n'était pas aux parents de décider du lieu où la famille allait développer sa vie familiale¹⁷²⁰, la Cour européenne justifiait le refus de regroupement par le fait que la volonté du parent désirant s'installer dans un autre Etat était la cause de la rupture initiale¹⁷²¹. Dans l'affaire *Ahmut c/ Pays-Bas* du 28 novembre 1996¹⁷²², elle a ajouté que le père ne se trouvait pas empêché de maintenir le degré de vie familiale qu'il a lui-même choisi lorsqu'il a émigré aux Pays-Bas. En effet, le père et le fils se sont rendus mutuellement visite à de nombreuses reprises depuis le retour de ce dernier dans son pays¹⁷²³.

602 Retour de la famille dans le pays d'origine. La possibilité pour les parents de retourner dans le pays d'origine a été également avancée par la Cour européenne. Dans l'affaire *Gül c/ Suisse*, le refus de faire venir l'enfant auprès de ses parents est pour partie justifié par le fait que sa famille installée en Suisse – son père, parti quelques mois après sa naissance pour des raisons politiques, sa mère partie depuis trois ans suite à de graves problèmes de santé et sa sœur née en Suisse – pourrait reconstituer leur vie familiale en Turquie. Tout en admettant qu'« un retour en Turquie des époux Gül ne s'annonce certes pas facile »¹⁷²⁴ d'un point de vue humain et en raison de la gravité de l'état de santé de Mme Gül¹⁷²⁵, la Cour a constaté que la Suisse n'a pas méconnu les obligations afférentes au paragraphe 1 de l'article 8. La position de la Cour dans cet arrêt a été critiquée car si elle a reconnu les problèmes existants en l'espèce, elle n'en a pas tiré la conséquence souhaitable¹⁷²⁶.

603 Liens de l'enfant avec le pays d'origine. Pour justifier le refus de regroupement familial, la Cour européenne a également évoqué le fait que l'enfant a toujours vécu et grandi dans son pays d'origine et avait des liens solides avec l'environnement culturel et linguistique de son pays. Cette justification est complétée

¹⁷¹⁹ *Ibid.*

¹⁷²⁰ *Gül c/ Suisse*, préc., § 38.

¹⁷²¹ *Ibid.*, § 41.

¹⁷²² *Ahmut c/ Pays-Bas* du 28 novembre 1996, Recueil 1996-VI, p. 2031 : *RUDH* 1997, p. 25, chron. M. Levinet ; *JDI* 1997, n° 1, p. 200.

¹⁷²³ *Ibid.*, § 70.

¹⁷²⁴ *Gül c/ Suisse*, préc., § 42.

¹⁷²⁵ *Ibid.*, §§ 42 à 43.

¹⁷²⁶ L'opinion dissidente du Juge Martens approuvée par le Juge Russo, jointe à l'arrêt *Gül c/ Suisse*, § 12.

par le temps de séparation qui pouvait ainsi être « défavorable au lien familial des étrangers »¹⁷²⁷. Selon le Professeur Andriantsimbazovina, « la séparation durable des enfants et des parents rallonge naturellement le lien des enfants avec leur pays d'origine et natal ; elle diminue aussi la dépendance des enfants par rapport à leurs parents établis dans l'Etat d'accueil »¹⁷²⁸. Ainsi, la majorité ou l'âge proche de la majorité des enfants pouvaient justifier un refus de regroupement familial comme dans l'affaire *Gül c/ Suisse*. En l'espèce, le fils aîné des requérants est devenu majeur, ne pouvant alors pas bénéficier d'une autorisation de séjour dans le cadre du regroupement familial¹⁷²⁹. Toutefois, la Cour européenne est arrivée à la même conclusion pour les enfants plus jeunes sans apporter une attention particulière à leur jeune âge. La Cour a considéré que le refus des autorités helvétiques d'autoriser le second fils de M. Gül – âgé de sept ans au moment de la décision de la Cour – à le rejoindre en Suisse ne constituait pas une violation de l'article 8¹⁷³⁰. De même, dans l'affaire *Ahmut c/ Pays-Bas* du 28 novembre 1996¹⁷³¹, la Cour se bornait à relever qu'à l'exception d'une période d'un an et demi et de diverses visites rendues à son père, l'enfant, âgé de dix ans, « a vécu au Maroc toute sa vie » et « a des liens solides avec l'environnement linguistique et culturel de son pays » dans lequel il possède de la famille¹⁷³². Un doute pouvait naître quant à la possibilité pour les membres de la famille demeurée au Maroc de prendre en charge réellement le garçon mais la Cour a simplement relevé que le père a placé son fils dans un internat au Maroc et dès lors, elle n'a pas « à aborder la question de savoir si les parents de [l'enfant] résidant au Maroc sont disposés et aptes à s'occuper de lui »¹⁷³³.

B. L'assouplissement de la jurisprudence en faveur de l'enfant

604 **Obligation positive.** L'affaire *Sen c/ Pays-Bas* du 21 décembre 2001¹⁷³⁴, concernant le refus des autorités internes d'accorder à une fillette de neuf ans un titre de

¹⁷²⁷ J. Andriantsimbazovina, « Le maintien du lien familial des étrangers », in F. Sudre (Dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 232.

¹⁷²⁸ *Ibid.*

¹⁷²⁹ Dans le même sens, voir la décision d'irrecevabilité *NTI et Akue DUFIE* du 7 novembre 2000, req. n° 31519/96.

¹⁷³⁰ *Gül c/ Suisse*, préc., § 42.

¹⁷³¹ *Ahmut c/ Pays-Bas*, préc.

¹⁷³² *Ibid.*, § 69.

¹⁷³³ *Ibid.*, § 72.

¹⁷³⁴ *Sen c/ Pays-Bas* du 21 décembre 2001, req. n° 31465/96 : *AJDA* 2002, n° 6, p. 500, obs. J.-F. Flauss ; *JCP G* 2002. I. 105, obs. F. Sudre.

séjour pour rejoindre ses parents aux Pays-Bas, « marque une évolution heureuse »¹⁷³⁵ en faveur des enfants. En l'espèce, la Cour rappelle qu'elle prend en considération dans son analyse sur la compatibilité du refus d'admission d'un enfant sur le territoire national à l'article 8 de la Convention, « l'âge des enfants concernés, leur situation dans leur pays d'origine et leur degré de dépendance par rapport à des parents »¹⁷³⁶. En soulignant qu'« on ne saurait en effet analyser la question du seul point de vue de l'immigration, en comparant cette situation avec celle de personnes qui n'ont créé des liens familiaux qu'une fois établis dans leur pays hôte »¹⁷³⁷, la Cour européenne admet que l'article 8 fait peser sur l'Etat l'obligation positive d'autoriser l'enfant à résider avec ses parents sur son territoire afin qu'ils puissent y maintenir et développer une vie familiale¹⁷³⁸.

605 Prise en compte de l'âge de l'enfant. Le jeune âge de l'enfant est finalement pris en compte par la Cour européenne. Dans l'affaire *Sen c/ Pays-Bas*, tout en admettant que l'enfant fût pris en charge par sa tante et son oncle et eût vécu toute sa vie en Turquie, ayant par conséquent des liens solide avec l'environnement linguistique et culturel de son pays où elle y possède toujours de la famille¹⁷³⁹, la Cour considère que « dans ces conditions, la venue de [l'enfant] aux Pays-Bas constituait le moyen le plus adéquat pour développer une vie familiale avec celle-ci d'autant qu'il existait, *vu son jeune âge*, une exigence particulière de voir favoriser son intégration dans la cellule familiale de ses parents »¹⁷⁴⁰. Sur ce point, si c'était notamment l'âge de l'enfant qui commandait son droit au regroupement familial dans l'arrêt *Sen*, il semble que la jurisprudence de la Cour soit devenue également plus favorable aux enfants plus grands. Dans l'affaire *Tuquabo-Tekele et autres c/ Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2005¹⁷⁴¹, elle a conclu qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention en raison du refus de regroupement opposé à un enfant de quinze ans.

606 Retour de la famille dans le pays d'origine. Il semble que la Cour devienne également plus favorable au regroupement familial lorsqu'elle examine la possibilité pour la famille de retourner dans le pays d'origine. Dans son examen, elle se soucie non

¹⁷³⁵ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., p. 711.

¹⁷³⁶ *Sen c/ Pays-Bas*, préc., § 37.

¹⁷³⁷ *Sen c/ Pays-Bas*, préc., § 37 ; dans le même sens, *Tuquabo-Tekele et autres c/ Pays-Bas*, préc. §§ 48 à 50.

¹⁷³⁸ *GACEDH*, n° 55, p. 603.

¹⁷³⁹ *Sen c/ Pays-Bas*, préc., § 39.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.*, § 40, nous soulignons.

¹⁷⁴¹ *Tuquabo-Tekele et autres c/ Pays-Bas*, préc.

seulement de l'intérêt de l'enfant requérant, mais aussi de l'intérêt des autres enfants de la famille pouvant être touchés par la mesure d'éloignement et de celui de l'ensemble de la famille et cherche le meilleur moyen pour toute la famille de développer une vie familiale. Ainsi, dans l'affaire *Sen c/ Pays-Bas*, elle considère, du fait que la plupart des membres de la famille vivent aux Pays-Bas, qu'il existe « un obstacle majeur au retour de la famille Sen en Turquie »¹⁷⁴². Les deux autres enfants du couple nés aux Pays-Bas, « ont toujours vécu aux Pays-Bas, dans l'environnement culturel de ce pays et y sont scolarisés » et ils n'ont que « peu ou pas de liens autres que la nationalité avec leur pays d'origine et il existait donc dans leur chef des obstacles à un transfert de la vie familiale en Turquie »¹⁷⁴³. La Cour n'oublie pas de prendre également en compte l'intérêt des parents, en soulignant que ceux-ci ont établi leur vie de couple aux Pays-Bas, où ils séjournent légalement depuis de nombreuses années¹⁷⁴⁴. Par conséquent, elle estime qu'« en ne laissant aux deux premiers requérants que le choix d'abandonner la situation qu'ils avaient acquise aux Pays-Bas ou de renoncer à la compagnie de leur fille aînée, l'Etat défendeur a omis de ménager un juste équilibre entre les intérêts des requérants, d'une part, et son propre intérêt à contrôler l'immigration, de l'autre, sans qu'il soit nécessaire pour la Cour d'aborder la question de savoir si les proches de [l'enfant] résidant en Turquie sont disposés et aptes à s'occuper d'elle, comme l'affirme le Gouvernement défendeur »¹⁷⁴⁵. De même, dans l'affaire *Tuquabo-Tekele et autres c/ Pays-Bas*, la prise en compte de la situation des deux autres enfants du couple, également nés aux Pays-Bas¹⁷⁴⁶, joue en faveur du regroupement de la fille aînée, et ce malgré l'âge plus important de la fille par rapport à l'âge de l'enfant dans l'arrêt *Sen*.

607 Liens de l'enfant avec le pays d'origine. La Cour européenne évoque le fait que l'enfant a toujours vécu et grandi dans son pays d'origine et a des liens solides avec l'environnement culturel et linguistique de son pays¹⁷⁴⁷, mais cet argument ne semble plus constituer un obstacle au regroupement familial. Au contraire, dans l'affaire *Tuquabo-Tekele et autres c/ Pays-Bas*, la Cour va jusqu'à considérer que l'intérêt de l'enfant était de ne pas rester dans son pays d'origine, et ce malgré l'âge proche de la majorité de l'enfant (quinze ans) et les liens solides qu'elle avait avec ce

¹⁷⁴² *Sen c/ Pays-Bas*, préc., § 40.

¹⁷⁴³ *Ibid.*

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*, § 41.

¹⁷⁴⁶ *Tuquabo-Tekele et autres c/ Pays-Bas*, préc., § 47.

¹⁷⁴⁷ *Sen c/ Pays-Bas*, préc., § 39 ; *Tuquabo-Tekele et autres c/ Pays-Bas*, préc., § 50.

pays¹⁷⁴⁸. De plus, la Cour relève que conformément à la coutume érythréenne, l'enfant avait atteint un âge où elle pouvait être mariée et sa grand-mère l'avait retirée de l'école, sans accord de la mère de l'enfant qui était incapable de faire quoi que ce soit tant que sa fille vivait en Erythrée¹⁷⁴⁹.

608 Famille des réfugiés. Dans l'affaire *Tanda-Muzinga c/ France* du 10 juillet 2014¹⁷⁵⁰, concernant le refus de délivrance de visas pour leurs enfants restés à l'étranger opposé à des réfugiés résidents en France, la Cour conclut à la violation de l'article 8, le processus décisionnel n'ayant pas présenté « les garanties de souplesse, de célérité et d'effectivité requises »¹⁷⁵¹. Ainsi, selon elle, l'obligation positive de garantir un processus décisionnel équitable assurant la protection des intérêts des membres de la famille implique que « les demandes de visas soient examinées rapidement, attentivement et avec une diligence particulière » et que soit tenu compte du statut de réfugié et, partant des événements qui, « ayant perturbé et désorganisé la vie familiale », ont conduit à reconnaître ce statut¹⁷⁵².

609 Droit de l'enfant au regroupement familial. Dans l'affaire *Sen*, « sans aller jusqu'à consacrer un droit général des étrangers au regroupement familial », en l'occurrence, « la Cour se livre à un véritable contrôle de proportionnalité »¹⁷⁵³ qui la conduit à une conclusion équilibrée et favorable pour le bien-être de la famille Sen. Toutefois, « la solution [...] risque d'être lourde de conséquences, au moins pour les Etats européens ayant facilité le séjour des parents étrangers »¹⁷⁵⁴. L'affaire *Tuquabo-Tekele et autres c/ Pays-Bas* confirme l'approche de la Cour dans l'arrêt *Sen* mais de plus, cet arrêt semble admettre, au moins implicitement, le droit au regroupement familial des mineurs¹⁷⁵⁵. On peut ainsi constater que la position de la Cour européenne est plus favorable aux enfants qu'aux adultes. Pour ces derniers, « paradoxalement, le principe semble être celui du regroupement à rebours, la Cour se satisfaisant de la

¹⁷⁴⁸ *Tuquabo-Tekele et autres c/ Pays-Bas*, préc., § 50.

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*

¹⁷⁵⁰ *Tanda-Muzinga c/ France* du 10 juillet 2014, req. n° 2260/10 : *JCP G* 2014, act. 872, obs. C. Picheral ; *JCP G* 2015, doct. 70, obs. F. Sudre ; dans le même sens *Mugenzi c/ France* du 10 juillet 2014, req. n° 52701/09 : *JCP G* 2014, act. 872, obs. C. Picheral ; *JCP G* 2015, doct. 70, obs. F. Sudre.

¹⁷⁵¹ *Tanda-Muzinga c/ France*, préc., § 82.

¹⁷⁵² *Ibid.*, § 73.

¹⁷⁵³ F. Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2002, n° 3, I, doct. 105.

¹⁷⁵⁴ J.-F. Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2002, p. 500.

¹⁷⁵⁵ En ce sens, F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 372, p. 711 ; voir également *Senigo-Longue et autres c/ France* du 10 juillet 2014, req. n° 19113/09 : *JCP G* 2014, act. 872, obs. C. Picheral.

perspective des membres d'une famille écartée "de mener une vie familiale dans le pays d'origine" »¹⁷⁵⁶. Il est à noter que le droit essentiel d'unité de la famille dicte une position plus favorable en leur faveur¹⁷⁵⁷.

§ 2 : L'éloignement des étrangers

610 Parents et enfant. La Cour européenne s'intéresse également à la protection des droits de l'enfant dans les domaines de l'éloignement des étrangers parents d'un enfant (A.) et de l'éloignement de l'enfant étranger lui-même (B.).

A. L'éloignement des étrangers parents d'un enfant

611 « Immigré établi » et « étranger sollicitant l'admission sur le territoire national ». Dans l'appréciation des affaires lui ayant été soumises, la Cour européenne rappelle qu'elle distingue généralement les affaires concernant des « immigrés établis » et celles concernant des étrangers sollicitant l'admission sur le territoire national. Selon la Cour, des « immigrés établis » sont « des personnes auxquelles il a déjà été accordé officiellement un droit de séjour dans le pays d'accueil » et « le retrait ultérieur de ce droit, par exemple parce que la personne concernée a été reconnue coupable d'une infraction pénale, constitue une ingérence dans l'exercice par celle-ci de son droit au respect de sa vie privée et/ou familiale au sens de l'article 8 »¹⁷⁵⁸. La Cour estime que « la situation d'un immigré établi et celle d'un étranger sollicitant l'admission sur le territoire national étant, en fait et en droit, différente (même si [...] l'étranger a sollicité à plusieurs reprises un permis de séjour et réside sur le territoire depuis plusieurs années), les critères que la Cour a élaborés au fil de sa jurisprudence pour apprécier si le retrait du permis de séjour d'un immigré établi est compatible avec l'article 8 ne peuvent être transposés automatiquement à la situation d'[un étranger sollicitant l'admission sur le territoire national] »¹⁷⁵⁹.

612 Plan. Il faut ainsi distinguer les deux hypothèses : l'éloignement du parent en séjour irrégulier (1°) et l'éloignement d'un parent délinquant (2°).

¹⁷⁵⁶ *GACEDH*, n° 55.

¹⁷⁵⁷ *Tanda-Muzinga c/ France ; Mugenzi c/ France et autres c/ France* du 10 juillet 2014, req. n° 2260/10, 52701/09, 19113/09 : *JCP G* 2014, act., 872, obs. C. Picheral.

¹⁷⁵⁸ *Jeunesse c/ Pays-Bas*, préc., § 104.

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*, § 105.

1° L'éloignement des parents en séjour irrégulier

613 Principe. Selon la Cour européenne, l'éloignement d'un parent étranger en séjour irrégulier est légitime sauf si le maintien des intéressés sur le territoire est le seul moyen de préserver l'unité de la vie familiale¹⁷⁶⁰. L'éloignement doit ainsi être le principe, et le refus de l'éloigner doit être considéré comme une exception. Toutefois, la Cour accepte dans plusieurs arrêts que le parent déjà en séjour illicite puisse continuer de séjourner dans le pays hôte, en raison de l'intérêt supérieur de son enfant.

614 Changement de situation. La Cour considère dans l'affaire *Berrehab c/ Pays-Bas* du 21 juin 1998¹⁷⁶¹ que le refus d'accorder une nouvelle autorisation de séjour après le divorce et la mesure d'expulsion du père de l'enfant constitue une violation de l'article 8 de la Convention. Ressortissant marocain, M. Berrehab a épousé en 1977 Mme Koster, de nationalité néerlandaise. Leur fille Rebecca, également néerlandaise, est née en 1979. Ses parents ayant divorcé peu avant sa naissance, les autorités des Pays-Bas ont alors refusé de prolonger l'autorisation de séjour accordée au père en vertu de la loi du 13 janvier 1965 sur les étrangers, et l'expulsent en 1984. En 1985, M. Berrehab a contracté un nouveau mariage avec Mme Koster et se voyait de ce fait autorisé à séjourner aux Pays-Bas afin d'y « résider avec son épouse néerlandaise et d'y « travailler pendant ce temps ». Pour conclure à la violation de l'article 8, la Cour souligne le fait qu'il ne s'agissait pas, en l'espèce, d'un étranger sollicitant pour la première fois son admission aux Pays-Bas, mais d'une personne qui y habitait légalement depuis plusieurs années déjà, qui y avait logement et travail et à qui le Gouvernement n'avait pas prétendu avoir quelque chose à reprocher. En outre, M. Berrehab y avait déjà des attaches familiales effectives : il avait épousé une Néerlandaise et de leur mariage était issu un enfant. Quant à l'ampleur de l'atteinte, la Cour souligne qu'entre M. Berrehab et sa fille existaient déjà depuis quelques années des liens très étroits, que le refus d'un permis de séjour indépendant et l'expulsion en résultant menaçaient de rompre. Cet effet des ingérences litigieuses est d'autant plus grave que l'enfant, vu notamment son jeune âge, avait besoin de rester en contact avec son père.

¹⁷⁶⁰ *Berrehab c/ Pays-Bas* du 21 juin 1998, série A. n° 138, § 23 : *Gaz. Pal.* 1998, n° 46, p. 30, obs. E. Guild ; V. Berger, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Paris : éd. Dalloz-Sirey, édition 2011, p. 471 ; *RSC* 1988, p. 845, obs. L.-E. Pettiti et F. Teitgen ; *JDI* 1990, p. 822, obs. P. Rolland et P. Tavernier.

¹⁷⁶¹ *Ibid.*

615 Besoin de garder des contacts. Dans l'affaire *Rodriguez Da Silva et Hoogkaner c/ Pays-Bas* du 31 janvier 2006¹⁷⁶², la Cour européenne privilégie « l'intérêt supérieur de l'enfant à ce que sa mère en situation irrégulière demeure dans le pays d'accueil » et estime que constitue une violation de l'article 8 de la Convention le refus opposé à la mère de continuer de séjourner aux Pays-Bas. Dans la présente espèce, bien que l'intéressée vive dans le pays depuis 1994, son séjour n'y a à aucun moment été régulier mais son expulsion risque de séparer la mère de sa fille. En soulignant que l'enfant a été élevée par sa mère et par les grands-parents du côté paternel avec lesquels elle a des liens très étroits, la Cour estime que le refus d'un permis de séjour et l'expulsion de la première requérante vers le Brésil entraîneraient de fait la rupture de ces liens, dès lors qu'il serait impossible aux intéressés de maintenir des contacts réguliers. Cela serait d'autant plus grave que l'enfant, qui avait trois ans à l'époque de la décision définitive, a besoin de demeurer en contact avec sa mère. Selon la Cour, le bien-être économique du pays ne l'emporte pas sur les droits découlant pour les requérantes de l'article 8¹⁷⁶³.

616 Impossibilité de participer au procès. Sous l'angle des garanties procédurales inhérentes au droit au respect de la vie familiale, la Cour considère dans l'affaire *Ciliz c/ Pays-Bas* du 11 juillet 2000¹⁷⁶⁴, que l'expulsion du père de l'enfant avait pour résultat de le priver de toute possibilité de participer utilement à une procédure portant sur le droit de visite de son fils. Soulignant que la participation à cette procédure « revêtait manifestement une importance capitale »¹⁷⁶⁵ et que l'intéressé « n'a pas été reconnu coupable de la moindre infraction pénale de nature à justifier son expulsion des Pays-Bas »¹⁷⁶⁶, la Cour considère que les autorités compétentes n'ont pas suffisamment protégé les intérêts du requérant¹⁷⁶⁷.

617 Exigence d'une procédure contradictoire. Dans l'affaire *Baltaji c/ Bulgarie* du 12 juillet 2011¹⁷⁶⁸, la Cour condamne la Bulgarie en raison de l'absence de garanties adéquates contre l'arbitraire dans une procédure aboutissant à l'expulsion d'un père de famille. En l'espèce, la Cour note que l'expulsion et l'interdiction du territoire bulgare

¹⁷⁶² *Rodriguez da Silva et Hoogkamer c/ Pays-Bas*, du 31 janvier 2006, req. n° 50435/99,

¹⁷⁶³ Dans le même sens, *Nunez c/ Norvège* du 28 juin 2011, req. n° 55597/09.

¹⁷⁶⁴ *Ciliz c/ Pays-Bas* du 11 juillet 2000, req. n° 29192/95 : *AJDA* 2000, n° 12, p. 1006, obs. J-F. Flauss.

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*, § 71.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*, § 69.

¹⁷⁶⁷ Dans le même sens *Lupsa c/ Roumanie* du 8 juin 2006, req. n° 10337/04.

¹⁷⁶⁸ *Baltaji c/ Bulgarie* du 12 juillet 2011, req. n° 12919/04 : *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire.

du requérant ont été ordonnées en dehors de toute procédure contradictoire et en l'absence de tout contrôle de sa régularité et sa nécessité par un organe impartial et indépendant. La Cour souligne notamment que l'ordonnance d'expulsion ne mentionnait aucun motif expliquant les mesures d'éloignement prises à l'encontre du requérant. Dans cette affaire, elle conclut à la violation des articles 8, 13 de la Convention et 1 § 1 du Protocole n° 7 de la Convention.

618 **Enfant handicapé.** Dans l'affaire *Kaplan et autres c/ Norvège* du 24 juillet 2014¹⁷⁶⁹, la Cour considère que l'expulsion du père de l'enfant, condamné pour coups et blessures aggravées, constitue une violation de la Convention. Ainsi, en l'occurrence, elle reproche aux autorités compétentes de ne pas avoir suffisamment pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant : la fille du requérant est atteinte de graves problèmes d'autisme et c'est le requérant qui s'occupe d'elle au quotidien avec une véritable attache entre le requérant et sa fille. Il faut également ajouter le fait que l'absence du requérant aurait affecté la situation des autres membres de la famille de manière disproportionnée¹⁷⁷⁰. Contrairement à la jurisprudence en matière d'expulsion des délinquants¹⁷⁷¹, la Cour accorde, dans la présente affaire, un poids significatif à l'intérêt supérieur de l'enfant. Mais elle note qu'en l'espèce, la condamnation du requérant n'est pas en soi un facteur qui devrait avoir un poids important dans l'appréciation des faits d'espèce¹⁷⁷².

619 **Référence remarquable à l'intérêt supérieur de l'enfant.** La référence à l'intérêt supérieur de l'enfant est particulièrement remarquable dans l'affaire *Jeunesse c/ Pays-Bas* du 3 octobre 2014¹⁷⁷³. Dans cette affaire, la requérante, ressortissante Surinamaïse, séjourne illégalement aux Pays-Bas depuis 1997 – depuis que le Surinam est devenu indépendant –, où elle vit avec son mari, de même origine mais de nationalité néerlandaise, et leurs trois enfants de nationalité néerlandaise. La requérante fait valoir que le refus de lui délivrer un titre de séjour permanent porte atteinte à son

¹⁷⁶⁹ *Kaplan et autres c/ Norvège* du 24 juillet 2014, req. n° 32504/11 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2. obs. A. Gouttenoire ; *RJPF* 2014, n° 10, p. 13, obs. E. Putman.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*, § 90.

¹⁷⁷¹ Voir *Infra.*, n° 620.

¹⁷⁷² *Kaplan et autres c/ Norvège*, préc. § 94 : La Cour a pris note de la condamnation du requérant pour voies de fait graves, et considère que alors que la nature de l'infraction était grave, le préjudice causé à la victime n'a pas été grand et la provocation de ce dernier a été un facteur pris en compte dans l'atténuation de la peine infligée au requérant.

¹⁷⁷³ En ce sens, A. Gouttenoire, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2.

droit au respect de la vie familiale. L'appréciation de la Cour peut faire penser que « circonstances exceptionnelles et intérêt supérieur de l'enfant semblent coïncider »¹⁷⁷⁴ lorsqu'elle énonce le principe que « dans des circonstances exceptionnelles, [...] l'éloignement du membre de la famille ressortissant d'un pays tiers emporte violation de l'article 8 »¹⁷⁷⁵. La Cour apporte ainsi une précision importante selon laquelle « pour accorder à l'intérêt supérieur des enfants qui sont directement concernés une protection effective et un poids suffisant, les organes décisionnels nationaux doivent en principe examiner et apprécier les éléments touchant à la commodité, à la faisabilité et à la proportionnalité d'un éventuel éloignement de leur père ou mère ressortissants d'un pays tiers »¹⁷⁷⁶. En l'espèce, la Cour juge que l'insuffisante prise en compte par les autorités nationales de l'intérêt supérieur des enfants permet de considérer les circonstances « comme exceptionnelles »¹⁷⁷⁷. En effet, la Cour constate que la requérante prenait en charge les enfants au quotidien et que son départ bouleverserait leur vie actuelle. L'installation de la famille au Surinam n'était pas non plus une option car s'il semblait ne pas y avoir d'obstacles insurmontables, une telle installation placerait la requérante et les membres de sa famille dans une situation plutôt difficile.

2° L'éloignement des parents délinquants

620 Principe. La jurisprudence de la Cour européenne concernant l'expulsion des étrangers délinquants a longtemps été caractérisée par son imprévisibilité. Le juge Martens, dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt *Boughanemi c/ France*¹⁷⁷⁸, a estimé que « l'approche au cas par cas utilisée [...] est une loterie pour les autorités nationales et une source d'embarras pour la Cour ». Mais avec l'arrêt *Boultif c/ Suisse* du 2 août 2001¹⁷⁷⁹, complété par l'arrêt *Üner c/ Pays-Bas* du 18 octobre 2006¹⁷⁸⁰, la Cour a apporté des précisions en la matière. En ce qui concerne les mesures d'expulsion ordonnées contre un délinquant ayant un enfant, deux périodes peuvent être distinguées.

¹⁷⁷⁴ En ce sens, F. Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2015, n° 3, doctr. 70.

¹⁷⁷⁵ *Jeunesse c/ Pays-Bas*, préc., § 108.

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*, § 109.

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*, § 122.

¹⁷⁷⁸ *Boughanemi c/ France* du 24 avril 1996, l'opinion dissidente du juge Martens, § 4.

¹⁷⁷⁹ *Boultif c/ Suisse* du 2 août 2001, req. n° 54273/00 : *RTDH* 2002, p. 483, obs. H. Mock.

¹⁷⁸⁰ *Üner c/ Pays-Bas* du 18 octobre 2006, req. n° 46410/99 : *GACEDH*, n° 55 ; *JCP G* 2007, I, 106, n° 12, chron. F. Sudre ; *AJDA* 2007, 906, chron. J.-F. Flauss ; *RDP* 2007, 887, chron. M. Levinet ; *RTDH* 2007, 71, note C. Raux.

Avant l'arrêt *Üner*, la jurisprudence de la Cour européenne était plus favorable au maintien des liens parents-enfants (a.), mais depuis l'arrêt *Üner*, la jurisprudence de la Cour accorde beaucoup de poids au critère de la nature et à la gravité de l'infraction, au détriment de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant (b.).

a. La jurisprudence antérieure.

621 Dualité de traitement. Dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Üner*, « on pouvait dégager une évolution tendant à offrir une réelle prise en considération des intérêts du conjoint et des descendants des étrangers délinquants, et, dans une moindre mesure, de l'importance de leurs liens avec l'Etat hôte »¹⁷⁸¹. En effet, le fait que la position de la Cour européenne était plus favorable au maintien des liens parents-enfants est le résultat de la dualité de protection¹⁷⁸². Ainsi, en distinguant la situation des « immigrés de la deuxième génération » ou « de longue durée »¹⁷⁸³ de celle des étrangers « ordinaires », le juge européen a accordé aux immigrés de la première catégorie une protection renforcée contre les mesures d'éloignement du territoire. Dans cette série de jurisprudences, la considération portée à l'intérêt et au bien-être des enfants a amené la Cour européenne à condamner les Etats en raison des mesures d'expulsion infligées aux parents. Les décisions de la Cour sont allées dans ce sens même lorsqu'il s'agit d'une expulsion en raison de la commission d'infractions graves.

622 Infraction grave et intérêt de l'enfant. Les décisions de la Cour étaient en général défavorables aux requérants dès lors qu'il s'agissait d'infraction aux législations sur les stupéfiants¹⁷⁸⁴. Mais dans l'affaire *Mehemi c/ France* du 26 septembre 1997¹⁷⁸⁵, elle a constaté une violation de l'article 8 de la Convention en raison de la décision d'expulsion pour trafic de stupéfiants de M. Mehemi, un immigré de deuxième génération, marié et père de trois enfants. Pour prononcer la violation de l'article 8 de la Convention, la Cour a mis l'accent sur les liens étroits de M. Mehemi avec la France et sur ses liens faibles avec l'Algérie et sur la séparation de la famille et notamment sur les difficultés auxquelles les enfants du requérant devaient faire face. Elle a même rejeté

¹⁷⁸¹ M.-F. Valette, « « Double peine » : les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2007, p. 1106.

¹⁷⁸² F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 373, p. 709.

¹⁷⁸³ Il s'agit des étrangers nés sur le territoire de l'Etat d'accueil ou, par extension, qui y sont entrés très jeunes.

¹⁷⁸⁴ *Benhebbba c/ France* du 10 juillet 2003, req. n° 53441/99 ; *Amrollahi c/ Danemark* du 11 juillet 2002, req. n° 56811/00.

¹⁷⁸⁵ *Mehemi c/ France* du 26 septembre 1997, req. n° 25017/94 : *RSC* 1998, p. 385, obs. R. Koering-Joulin ; *JCP G* 1998, n° 5, I 107, obs. F. Sudre.

l'éventualité d'un établissement de la famille en Italie, pays d'origine de la mère car selon elle, la famille ne pouvait s'établir hors de France sauf à provoquer un « déracinement » des enfants du couple¹⁷⁸⁶. Dans l'affaire *Amrollahi c/ Danemark* du 11 octobre 2002¹⁷⁸⁷, la Cour est allée jusqu'à conclure à la violation de la Convention en raison de l'expulsion d'un immigré ordinaire, condamné pour trafic de stupéfiants. En l'espèce, cette violation est motivée par la prise en compte des difficultés que pourraient rencontrer sa famille – l'épouse du requérant, leurs enfants et même l'enfant issu du premier mariage de son épouse – si elle devrait suivre le requérant en Iran. En l'espèce, la Cour a considéré que l'expulsion permanente du requérant aurait pour effet de séparer la famille, puisqu'il serait impossible pour les intéressés de maintenir leur vie familiale hors du Danemark. *A contrario*, dans l'affaire *Boughanemi c/ France* du 24 avril 1996¹⁷⁸⁸, la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention. En l'espèce, il s'agit d'un immigré de deuxième génération, arrivé en France à l'âge de huit ans, expulsé pour diverses infractions commises : vol, coups et blessures volontaires, proxénétisme aggravé. Mais la solution de cet arrêt vient du fait que la vie familiale des intéressés a été établie après les infractions en cause¹⁷⁸⁹.

623 Infraction grave et réalité de la vie conjugale. Dans l'affaire *Mokrani c/ France* du 12 novembre 2002¹⁷⁹⁰ concernant l'expulsion du requérant en raison de l'infraction liée au trafic de stupéfiants (héroïne), c'est le fait que le requérant avait « depuis longtemps » une union stable avec une citoyenne française qui a permis à la Cour européenne de condamner la France en raison de la décision d'expulsion du requérant. Ainsi, la Cour a pris en compte la réalité de la vie conjugale du requérant pour estimer que « outre l'absence de liens avérés avec d'autres pays que la France et l'Algérie et les difficultés d'intégration en résultant, il est peu probable qu'ils obtiennent la possibilité de s'installer dans un pays tiers, eu égard à la nature de l'infraction perpétrée. Quant à l'établissement du ménage en Algérie, il paraît difficilement concevable d'attendre de l'épouse, une ressortissante française n'ayant jamais vécu en Algérie et n'ayant pas de liens avec ce pays, qu'elle suive le requérant en Algérie »¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁶ *Mehemi c/ France*, préc., § 36.

¹⁷⁸⁷ *Amrollahi c/ Danemark* du 11 octobre 2002, req. n° 56811/00.

¹⁷⁸⁸ *Boughanemi c/ France* du 24 avril 1996, req. n° 22070/93 : *AJDA* 1996, n° 12, p. 1005, obs. J-F. Flauss ; *JDI* 1997, n° 1, p. 215, obs. E. Tamion ; *Gaz. Pal.* 1997, n° 192, p. 24, obs. I. Huet.

¹⁷⁸⁹ Dans le même sens, *Dalia c/ France* du 19 février 1998, req. n° 26102/95.

¹⁷⁹⁰ *Mokrani c/ France* du 12 novembre 2002, req. n° 52206/99.

¹⁷⁹¹ *Ibid*, § 34.

La Cour n'a pas soulevé l'intérêt et le bien-être concret de l'enfant du couple car celui-ci est né après le commencement de la procédure visant l'expulsion de son père.

624 Infraction moins grave. Dans l'affaire *Keles c/ Allemagne* du 27 octobre 2005¹⁷⁹², la Cour a étendu les critères applicables aux immigrés de la deuxième génération au délinquant entré à l'âge de dix ans dans le pays hôte¹⁷⁹³. Pour conclure à la violation de la Convention, la Cour européenne considère qu'eu égard à la nature des infractions commises par le requérant (le requérant avait fait l'objet de plusieurs condamnations, en particulier pour des infractions au code de la route), au nombre d'années durant lesquelles il avait régulièrement séjourné en Allemagne, au fait qu'il était en possession d'un permis de séjour permanent, et aux difficultés auxquelles ses enfants risquaient d'avoir à faire face s'ils le suivaient en Turquie, la Cour européenne des Droits de l'Homme estime qu'une interdiction définitive du territoire allemand emporte violation des droits du requérant au respect de sa vie privée et familiale. Malgré le fait que tous les membres de la famille sont turcs et que certains d'entre eux étaient nés en Turquie, la Cour souligne les difficultés que rencontreraient les enfants du requérant s'ils le suivaient en Turquie. Selon elle, les âges respectifs des quatre fils en question étant compris entre six et treize ans et étant tous scolarisés¹⁷⁹⁴, cette « situation [...] justifiait apparemment en grande partie l'observation apportée sur les obstacles à leur adaptation »¹⁷⁹⁵.

625 Critiques. La jurisprudence de la Cour européenne avant l'arrêt *Üner* a été critiquée pour offrir aux immigrés de deuxième génération (et dans certains cas, aux immigrés ordinaires), un « quasi droit du sol »¹⁷⁹⁶. Selon le Professeur Sudre, le débat concerne « le dilemme » entre les exigences de l'ordre public et celles du respect de la vie privée et familiale¹⁷⁹⁷.

¹⁷⁹² *Keles c/ Allemagne* du 27 octobre 2005, req. n° 32231/02.

¹⁷⁹³ M.-F. Valette, « « Double peine » : les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

¹⁷⁹⁴ *Keles c/ Allemagne*, préc., § 64.

¹⁷⁹⁵ En ce sens, M.-F. Valette, « « Double peine » : les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

¹⁷⁹⁶ J. Andriantsimbazovina, « Le maintien du lien familial des étrangers », préc. ; voir également, J.-Y. Carlier, « Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés ? », *RTDH* 1993, p. 449 ; F. Sudre, « Chronique de la Cour EDH 1992 », *RUDH* 1993, p. 13.

¹⁷⁹⁷ F. Sudre, « Chronique de la Cour EDH 1996 », *RUDH* 1997, p. 25.

b. La jurisprudence actuelle

626 **Affaire Üner.** L'arrêt *Üner c/ Pays-Bas* du 18 octobre 2006¹⁷⁹⁸ apporte une précision et un changement au régime de l'expulsion des étrangers délinquants. S'agissant de la précision, il a ajouté deux critères supplémentaires aux « critères de Boultif », critères permettant d'apprécier la proportionnalité de la mesure d'expulsion. L'un de ces deux critères concerne directement la protection des enfants car la Cour exige que « l'intérêt et le bien-être des enfants, en particuliers la gravité des difficultés que les enfants du requérant sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé doit être expulsé »¹⁷⁹⁹ soient pris en compte dans le prononcé de la décision d'expulsion. Ainsi, on peut penser que l'intérêt des enfants d'un parent délinquant pourrait rendre l'expulsion de ce dernier inconvictionnelle. S'agissant du changement, dans cet arrêt, la Cour admet pour la première fois le principe de l'identité de traitement des immigrés « de longue durée » et des étrangers ordinaires au regard de l'article 8 de la Convention¹⁸⁰⁰. Ainsi, la Cour souligne que, même lorsque les étrangers ont atteint un « haut degré d'intégration », leur situation ne peut être mise sur le même pied que celle des nationaux de l'Etat résidence lorsqu'il s'agit du pouvoir des Etats d'expulser des étrangers¹⁸⁰¹.

627 **Conséquences sur la protection de la vie familiale de l'enfant.** Dans l'affaire *Üner c/ Pays-Bas*¹⁸⁰², l'expulsion M. Üner se fondait sur sa condamnation à sept ans d'emprisonnement pour violence ayant abouti à un homicide involontaire. Selon la Cour, il s'agit d'une infraction dont la gravité est si lourde que rien ne pourrait faire obstacle à une mesure d'éloignement. En se fondant principalement sur la nature et la gravité de l'infraction commise, la Cour européenne relève que l'expulsion du requérant était bien nécessaire à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention contre les infractions pénales. M. Üner soutient qu'il entretenait des relations étroites avec sa compagne et ses deux enfants de nationalité néerlandaise, qu'il a reconnus. Toutefois, la Cour n'a vu aucun obstacle, en l'espèce, à ce que la famille de

¹⁷⁹⁸ *Üner c/ Pays-Bas*, préc.

¹⁷⁹⁹ *Ibid.*, §§ 56 à 57.

¹⁸⁰⁰ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 374, p. 712.

¹⁸⁰¹ *Üner c/ Pays-Bas*, préc., § 56.

¹⁸⁰² *Ibid.*

M. Üner le suit en Turquie et revient dix ans plus tard aux Pays-Bas¹⁸⁰³. Elle ajoute, en outre, que si tel n'était pas le cas, les enfants étant jeunes et adaptables, la destruction de leur famille n'aurait pas un impact aussi grand que si elle avait été constituée depuis longtemps¹⁸⁰⁴. Le jeune âge des enfants du requérant (un an et demi et six ans au moment où la mesure d'expulsion devient définitive) a été considéré comme favorable à l'expulsion de leur père. L'affaire *Onur c/ Royaume-Uni* du 17 février 2009¹⁸⁰⁵ concernant l'expulsion du requérant suite à sa condamnation pour vol, confirme cet aspect de l'affaire *Üner*. En l'occurrence, la Cour européenne admet que l'expulsion du requérant ne constitue pas une violation à l'article 8 de la Convention au motif notamment que M. Onur, sa compagne actuelle et leurs très jeunes enfants auraient tous pu s'installer en Turquie sans difficulté majeure¹⁸⁰⁶.

628 Critiques. L'interprétation de la Cour dans cet arrêt est critiquée par la doctrine car « même lorsqu'elle est rigoureusement juridique et inscrite dans la continuité, fait fi de tout réalisme »¹⁸⁰⁷. Ainsi, s'appuyant sur la mesure d'interdiction du territoire néerlandais d'une durée de dix ans frappant le requérant, « une majorité de juges peut conclure que, dès que la mesure sera levée, M. Üner pourra, sous certaines conditions, envisager de revenir aux Pays-Bas. Ce qui revient à considérer que sa vie familiale est susceptible d'être mise entre parenthèses pendant dix ans, que sa compagne et ses enfants renoueront leurs liens après cette interruption »¹⁸⁰⁸. Le juge Costa critique le fait que, pour les immigrés de deuxième génération, la décision d'expulsion constitue une double peine condamnable. Il ajoute également que, si les instruments internationaux ne devraient pas faire obstacle à toute expulsion de tout étranger, l'article 8 de la Convention doit au moins être interprété à la lumière de ces textes, et notamment à la CIDE qui édicte le principe du « meilleur intérêt de l'enfant »¹⁸⁰⁹.

¹⁸⁰³ Voir *a contrario*, l'arrêt *Keles c/ Allemagne*, préc., dans lequel la Cour considère que les enfants étaient assez grands et ils sont tous scolarisés.

¹⁸⁰⁴ *Üner c/ Pays-Bas*, préc., § 46.

¹⁸⁰⁵ *Onur c/ Royaume-Uni* du 17 février 2009, req. n° 27319/07.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, § 60.

¹⁸⁰⁷ M.-F. Valette, « « Double peine » : les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc. ; dans le même sens, O. Dubois, « Europe », *JCP A* 2005, n° 49, chron., 1375.

¹⁸⁰⁸ M.-F. Valette, « « Double peine » : les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

¹⁸⁰⁹ *Üner c/ Pays-Bas*, préc., opinion dissidente commune aux juges Costa, Zupancic et Türmen, notamment §§ 8 à 9.

B. L'éloignement de l'enfant délinquant

629 **Prise en compte de l'âge de l'enfant.** Dans l'arrêt *Maslov c/ Autriche* du 23 juin 2008¹⁸¹⁰, la première affaire concernant l'expulsion d'un mineur délinquant devant la Grande Chambre, la Cour européenne apporte des précisions en la matière. Comme M. Üner, M. Maslov est un immigré de longue durée. Il a quitté la Bulgarie pour arriver en Autriche à l'âge de six ans. En l'occurrence, il était mineur lors de la commission des infractions mais également au moment de son expulsion. Dans l'affaire *Maslov*, la Cour donne la liste de quatre critères qu'elle estime pertinents à l'égard des personnes n'ayant pas fondé leur propre famille. Il ne s'agit donc pas de critères à appliquer seulement à l'égard des mineurs mais également à l'égard de certaines personnes majeures dans la même situation. Elle utilise les termes vie privée et familiale de manière combinée, « concept-gigogne »¹⁸¹¹ qui recouvre le « droit de nouer et entretenir des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur »¹⁸¹². Ainsi, les quatre critères à prendre en compte sont : la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ; la durée de séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé ; le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période ; la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et le pays de destination. Dans le cadre de l'appréciation de ces critères, la Cour souligne l'importance de la prise en compte de l'âge de l'intéressé, en faisant référence à l'article 3 de la CIDE et au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁸¹³, pour estimer que « l'âge de la personne concernée peut jouer un rôle dans l'application de certains des critères »¹⁸¹⁴. Selon le Professeur Sudre, « la Cour se situe dans la ligne de son arrêt de principe *Üner*, dont elle reprend les critères, en en nuanciant l'application »¹⁸¹⁵.

630 **Conséquences.** La prise en compte de l'âge de la personne délinquante conduit la Cour européenne à mettre l'accent sur le caractère non violent des infractions commises pendant la minorité (1°) pour exiger aux Etats membres de réintégrer l'enfant dans la société (2°).

¹⁸¹⁰ *Maslov c/ Autriche* du 23 juin 2008, req. n° 1638/03 : *JCP G* 2008, n° 30, p. 25, obs. F. Sudre ; *Dr. Pen.* 2009, n° 4, p. 16, obs. E. Dreyer ; *RTDH* 2009, n° 40, p. 1091, obs. G. de Beco ; *AJP* 2009, p. 17, obs. I. Berro-Lefèvre ; *JCP A* 2009, n° 9, 2037.

¹⁸¹¹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 373, p. 709.

¹⁸¹² *Maslov c/ Autriche*, préc., § 63.

¹⁸¹³ *Ibid.*, § 82.

¹⁸¹⁴ *Ibid.*, § 72.

¹⁸¹⁵ F. Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2008, n° 30, I 167.

1° L'appréciation du caractère non violent des infractions juvéniles

631 Motifs sérieux. L'âge semble être le facteur principal à prendre en compte pour examiner le critère de la nature et la gravité des infractions commises par le requérant. Ainsi, la Cour européenne souligne que « s'agissant d'un immigré de longue durée qui a passé légalement la majeure partie, sinon l'intégralité, de son enfance et de sa jeunesse dans le pays d'accueil, il y a lieu d'avancer de très solides raisons pour justifier l'expulsion, surtout lorsque la personne concernée a commis les infractions à l'origine de la mesure d'expulsion pendant son adolescence »¹⁸¹⁶. Par conséquent, l'Etat doit désormais justifier de motifs sérieux, et notamment d'une infraction particulièrement grave, pour pouvoir expulser un mineur délinquant¹⁸¹⁷. On peut ainsi penser qu'« il existe une présomption en faveur de ce mineur »¹⁸¹⁸.

632 Délinquance juvénile. La jurisprudence sur l'expulsion d'un mineur est peu abondante. Avant l'affaire *Maslov*, la Cour s'est prononcée dans l'affaire *Jakupovic c/ Autriche* du 6 février 2003¹⁸¹⁹ concernant l'interdiction de séjour motivée par deux condamnations pour cambriolage commis par le requérant alors qu'il était mineur. Comme M. Maslov, l'intéressé était encore mineur au moment de son expulsion. En l'occurrence, la Cour conclut à la violation de l'article 8 de la Convention. Dans l'affaire *Maslov*, la Cour souligne que les infractions commises par M. Maslov relèvent de la délinquance juvénile et sont suffisamment légères pour ne pas justifier son expulsion¹⁸²⁰.

633 Extension de la jurisprudence. La Cour européenne étend également la protection contre l'expulsion du mineur délinquant à l'expulsion d'une personne adulte ayant commis des infractions durant sa minorité. Selon la Cour, « pour apprécier la nature et la gravité de l'infraction commise par un requérant, il y a lieu d'examiner s'il l'a perpétrée alors qu'il était adolescent ou à l'âge adulte »¹⁸²¹. Par conséquent, dans

¹⁸¹⁶ *Maslov c/ Autriche*, préc., § 75.

¹⁸¹⁷ S. Platon, « Droits européens et mineurs étrangers », in C. Gauthier, M. Gautier et A. Gouttenoire (dir.), *Mineurs et droits européens*, coll. « Droits européens », Pédone, 2012, p. 77.

¹⁸¹⁸ G. De Beco, « L'expulsion des étrangers mineurs délinquants : une lueur de clarté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

¹⁸¹⁹ *Jakupovic c/ Autriche* du 6 février 2003, req. n° 36757/97.

¹⁸²⁰ *Maslov c/ Autriche*, préc., § 81 à 84.

¹⁸²¹ *Maslov c/ Autriche*, préc., § 72 ; *Moustaquim c/ Belgique* du 18 février 1991, série A. n° 193, § 44 ; *Radovanovic c/ Autriche* du 22 avril 2004, req. n° 42703/98, § 35.

l'affaire *Moustaquim c/ Belgique* du 18 février 1991¹⁸²², la Cour constate que les faits reprochés « remontent tous à son adolescence »¹⁸²³, et conclut à la violation de l'article 8 de la Convention. En l'occurrence, le requérant est condamné pour des infractions perpétrées au cours de l'adolescence, notamment pour plusieurs chefs de vol qualifié, un chef de recel et un de destruction d'un véhicule, deux chefs de voies de fait et un de menaces. L'affaire *Emre c/ Suisse* du 22 mai 2008¹⁸²⁴ concerne un ressortissant turc arrivé à l'âge de six ans en Suisse, où il passait son enfance et sa jeunesse. Il a commis une série d'infractions avec violence pendant une période de dix ans, qui a débuté durant sa minorité, lorsque les autorités décidèrent de l'expulser, même si la mesure d'expulsion fut suspendue provisoirement à cause de ses problèmes de santé mentale. La Cour a appliqué les mêmes critères que ceux utilisés dans l'affaire *Maslov* pour conclure à la violation de l'article 8 de la Convention en soulignant notamment les problèmes de santé mentale du requérant.

634 Infraction grave. En revanche, la Cour souligne que « des infractions à caractère très violent peuvent justifier une expulsion, même lorsqu'elles sont commises par un mineur »¹⁸²⁵. Dans l'affaire *Bouchelkia c/ France* du 29 janvier 1997¹⁸²⁶, la Cour ne conclut pas à la violation de l'article 8 en raison de l'arrêté d'expulsion décerné contre le requérant à la suite de sa condamnation pour viol avec violences commis à l'âge de dix-sept ans. En l'occurrence, le requérant est marié à une française et un enfant est né de leur union mais sa famille n'a été fondée que postérieurement à l'arrêté de l'expulsion. Dans le même sens, dans les affaires *Hizir Kilic c/ Danemark*¹⁸²⁷ et *Ferhat Kilic c/ Danemark*¹⁸²⁸, du 22 janvier 2007, la Cour a déclaré irrecevables les griefs des requérants relatifs aux arrêtés d'expulsion pris contre eux à la suite de leur condamnation pour tentative de cambriolage, voies de fait graves et homicide involontaire commis à l'âge de seize et dix-sept ans respectivement.

¹⁸²² *Moustaquim c/ Belgique* du 18 février 1991, Série A, n° 193 : *JDI* 1992, p. 777, obs. E. Decaux et P. Tavernier ; *RTDH* 1991, p. 385, obs. P. Martens ; *D.* 1992, p. 326, obs. J.-F. Renucci ; *RUDH* 1992, p. 1, obs. F. Sudre.

¹⁸²³ *Ibid.*, § 44.

¹⁸²⁴ *Emre c/ Suisse* du 22 mai 2008, req. n° 42034/04.

¹⁸²⁵ *Maslov c/ Autriche*, préc., § 85.

¹⁸²⁶ *Bouchelkia c/ France* du 29 janvier 1997, req. n° 23078/93.

¹⁸²⁷ *Hizir Kilic c/ Danemark* du 22 janvier 2007, req. n° 20277/00.

¹⁸²⁸ *Ferhat Kilic c/ Danemark* du 22 janvier 2007, req. n° 20730/05.

2° L'obligation de faciliter la réintégration de l'enfant dans la société

635 Absence de droit absolu à la non-expulsion. En citant l'arrêt *Üner*, la Cour européenne rappelle dans l'arrêt *Maslov* que « les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol » et que même « si un certain nombre d'Etats contractants ont adopté des lois ou des règlements prévoyant que les immigrants de longue durée nés sur leur territoire ou arrivés sur leur territoire à un jeune âge ne peuvent être expulsés sur la base de leurs antécédents judiciaire [...] un droit aussi absolu à la non-expulsion ne peut être dérivé de l'article 8 de la Convention »¹⁸²⁹.

636 Préférence. Mais il semble que la Cour préfère la réintégration, au moins pour les enfants délinquants sujets d'expulsion, ainsi que pour les personnes ayant commis leur infraction dans leur jeunesse. Dans l'affaire *Maslov*, la Cour estime que l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant « exige aussi de faciliter la réintégration de celui-ci », comme le prévoit l'article 40 de la Convention internationale des droits de l'enfant¹⁸³⁰. Selon la Cour, cette réintégration est empêchée lorsque « les liens familiaux et sociaux sont rompus par l'expulsion » du mineur étranger délinquant¹⁸³¹. Dans le même ordre d'idées, la Cour exige que les Etats réévaluent la nécessité de la mesure d'expulsion au moment de la mettre en œuvre¹⁸³². La prise en compte de l'âge du mineur a ainsi un rôle dans la considération du laps de temps qui s'est écoulé depuis les infractions et de la conduite du requérant pendant cette période. Dans le même sens, la Recommandation Rec(2000)15 du Comité des ministres sur la sécurité de résidence des immigrants de longue durée énonce, dans son paragraphe 4, que « les immigrants de longue durée mineurs ne peuvent faire, en principe, l'objet d'une mesure d'expulsion » et la Recommandation 1504 (2001) de l'Assemblée parlementaire sur la non-expulsion des immigrants de longue durée qui demande, dans son paragraphe 11, « au Comité des ministres [...] d'inviter les gouvernements des Etats membres [...] à garantir que les migrants nés ou élevés dans le pays d'accueil ainsi que les enfants mineurs, ne puissent être expulsés en aucun cas ».

¹⁸²⁹ *Maslov c/ Autriche*, préc., § 68 ; voir aussi *Üner c/ Pays-Bas*, préc., §§ 54 à 55 ; *Emre c/ Suisse*, préc., §§ 65 à 66 ; *Jakupovic c/ Autriche*, § 25.

¹⁸³⁰ *Maslov c/ Autriche*, préc., § 83.

¹⁸³¹ *Ibid.*

¹⁸³² *Ibid.*, §§ 93 à 95.

637 **Comparaison.** Ainsi, l'obligation de réintégrer les enfants délinquants dans la société « place ces mineurs, dans une certaine mesure, sur pied d'égalité avec les mineurs délinquants nationaux. Ainsi, ils sont avant tout considérés comme mineurs et non comme des étrangers »¹⁸³³. On ne peut que féliciter la Cour européenne de sa position prise dans l'affaire *Maslov* car en plus du fait qu'il s'agisse d'enfants dont la vulnérabilité doit être prise en compte dans l'appréciation de leurs actes, sont concernés le plus souvent des enfants immigrés de deuxième génération ayant très peu ou pas de lien avec leur pays d'origine. Le jeune âge de la personne expulsée pourrait rendre son intégration dans son pays d'origine, avec lequel il a peu de lien, plus difficile, même si ce n'est pas vraiment le cas dans l'affaire *Maslov*¹⁸³⁴.

¹⁸³³ G. De Beco, « L'expulsion des étrangers mineurs délinquants : une lueur de clarté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

¹⁸³⁴ *Maslov c/ Autriche*, préc., § 28.

Conclusion du Titre 1

638 **Appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant.** L'appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant est au cœur du raisonnement de la Cour européenne dans le domaine de la protection des relations parents-enfants. La Cour a rappelé à plusieurs reprises que cet intérêt devait être apprécié concrètement par le juge¹⁸³⁵. Par l'intégration de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant parmi ses critères d'appréciations, la Cour impose le principe de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les autres considérations. Toutefois, l'étude de la jurisprudence européenne applicable aux enfants révèle que la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas la même force lorsque l'intérêt de l'enfant est confronté aux intérêts de son (ou ses) parent(s), ou lorsque cet intérêt est confronté à la politique migratoire des Etats, ou lorsqu'il doit être interprété dans le cadre de l'application d'une autre Convention internationale.

639 **Intérêt supérieur de l'enfant confronté aux intérêts de son (ou ses) parent(s).** Il s'agit ici de l'hypothèse classique de l'application de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant. Apprécié concrètement, cet intérêt peut prévaloir sur les intérêts de son (ou ses) parent(s) dans plusieurs cas. L'intérêt supérieur de l'enfant peut par exemple commander le placement de l'enfant, limiter le droit de visite de son parent séparé ou même commander le prononcé de son adoption. Selon la Cour européenne, « bien qu'il faille ménager un juste équilibre entre l'intérêt de [l'enfant] et ceux de ses parents, la Cour attache une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui selon sa nature et sa gravité peut l'emporter sur celui du parente »¹⁸³⁶.

¹⁸³⁵ *Hoffmann c/ Autriche* du 23 juin 1993, req. n° 12875/87 : *D.* 1994, p. 326, obs. J. Hauser ; *LPA* 1993, n° 138, p. 20, obs. I. Rouvuère-Perrier ; *RTDH* 1994, p. 405, obs. J. Morange.

¹⁸³⁶ *Elsholz c/ Allemagne* du 13 juillet 2000, req. n° 25735/94.

640 Intérêt supérieur de l'enfant confronté à la politique migratoire de l'Etat.

En se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour européenne n'hésite pas à faire prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant sur la politique migratoire des Etats membres pour permettre au parent en séjour irrégulier de vivre avec l'enfant et depuis l'arrêt *Sen c/ Pays-Bas*¹⁸³⁷ pour développer une jurisprudence favorable aux enfants sujets de regroupement familial. A l'inverse, depuis l'arrêt *Üner c/ Pays-Bas*¹⁸³⁸, la jurisprudence de la Cour accorde beaucoup plus de poids au critère de la nature et la gravité de l'infraction, au détriment de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il s'agit de décider l'expulsion d'un parent délinquant.

641 Intérêt supérieur de l'enfant confronté au respect de la Convention de La

Haye. La Cour européenne est allée même jusqu'à écarter au nom de l'intérêt de l'enfant certaines règles fondées sur la Convention de La Haye, dans l'arrêt *B. c/ Belgique*¹⁸³⁹, pour considérer que le retour de l'enfant enlevé doit être nécessaire au regard de son intérêt supérieur. Mais elle est revenue sur sa jurisprudence dans l'arrêt *X. c/ Lettonie*¹⁸⁴⁰ pour considérer que le retour de l'enfant ne peut être refusé qu'en cas de circonstances exceptionnelles énumérées par le traité. Ce revirement de la jurisprudence permet une « interprétation harmonieuses de la Convention et de la Convention de La Haye »¹⁸⁴¹. Dans le même ordre d'idée, la volonté de conforter le dispositif de lutte contre les enlèvements internationaux d'enfant conduit la Cour européenne, dans l'affaire *Raw et autres c/ France*¹⁸⁴² à ne pas prendre en compte la volonté de l'enfant âgé de quinze ans qui s'opposait à son retour.

¹⁸³⁷ *Sen c/ Pays-Bas* du 21 décembre 2001, req. n° 31465/96.

¹⁸³⁸ *Üner c/ Pays-Bas* du 18 octobre 2006, req. n° 46410/99 : *GACEDH*, n° 55 ; *JCP G* 2007, I, 106, n° 12, chron. F. Sudre ; *AJDA* 2007, 906, chron. J.-F. Flauss ; *RDP* 2007, 887, chron. M. Levinet ; *RTDH* 2007, 71, note C. Raux.

¹⁸³⁹ *B. c/ Belgique* du 10 juillet 2012, req. n° 60444/08 : *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.

¹⁸⁴⁰ *X. c/ Lettonie* du 13 décembre 2011, req. n° 27853/09 : *JDI* 2014, n°3/2014, p. 980, obs. V. Durand ; *JDI* 2014, n° 3/2014, p. 917, obs. J.-S. Bergé ; *RJPF* 2014, n° 2, p. 38, obs. F. Eudier ; *JCP G* 2014, n° 3, p. 106, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2013, n° 51, p. 2339, obs. G. Gonzalez ; *D.* 2013, n° 22, p. 1515, obs. J.-P. Jean.

¹⁸⁴¹ *Ibid.*

¹⁸⁴² *Raw et autres c/ France*, préc.

Titre 2 : L'intérêt supérieur de l'enfant et le rattachement de l'enfant à sa famille

642 **Protection juridique.** Dans l'esprit du texte de 1950, l'article 8 visait à garantir seulement le droit de chacun à l'intimité de ses relations familiales, c'est-à-dire, le droit qu'a toute personne de vivre avec sa famille à l'abri des immixtions arbitraires des pouvoirs publics. Selon la Cour européenne, à l'engagement négatif de ne pas s'immiscer dans le droit au respect de la vie familiale « peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale »¹⁸⁴³. Il en résulte que l'Etat, « en fixant dans son ordre juridique interne le régime applicable à certains liens de famille [...], doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale »¹⁸⁴⁴. En matière de la filiation, « le respect de la vie familiale implique en particulier [...], l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille »¹⁸⁴⁵.

643 **Effets de la filiation sur le statut de l'enfant.** La filiation produit des conséquences sur l'identité de l'enfant. Dans l'affaire *Cusan et Fazzo c/ Italie* du 7 janvier 2014¹⁸⁴⁶ La Cour européenne s'interroge sur la question de l'attribution du nom aux enfants. En l'espèce, législation autrichienne qui interdit d'attribuer à un enfant, à sa naissance le nom de famille de sa mère constitue une violation des article 8 et 14 combinés. Dans les affaires *Menesson et Labassee c/ France* du 26 juin 2014¹⁸⁴⁷, la

¹⁸⁴³ *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979, série A, n° 31, § 31 : *GACEDH* n° 51, *JT* 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *AFDI* 1980, 317, obs. Pelloux ; *JDI* 1982, 183, obs. P. Rolland.

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*

¹⁸⁴⁵ *Ibid.*

¹⁸⁴⁶ *Cuzan et Fazzo c/ Italie* du 7 janvier, req. n° 77/07 : *RTDH* 2015, p.701, obs. J. Fierens.

¹⁸⁴⁷ *Menesson et Labassee c/ France* du 26 juin 2014, req. n° 65192/11 et 65941/11 : *D.* 2014, n° 31, p. 1773, obs. H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon ; *D.* 2014, n° 31, p. 1787, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *D.* 2014, n° 31, p. 1797, note F. Chénéde ; *D.* 2014, n° 31, p. 1806, obs. L. d'Avout ; *AJDA* 2014, chron n° 31, p. 1772, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *Revue générale du droit* 2014, n° 3, obs. M. Doulet ; *JCP G* 2014, n° 28, p. 1409, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2014, n° 30, p. 1486, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2014, n° 38, p. 1650 ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 204-

Cour européenne considère que même si l'article 8 de la Convention ne garantit pas un droit d'acquérir une nationalité particulière, il n'en reste pas moins que la nationalité est un élément de l'identité des personnes. La filiation produit également un certain nombre de conséquences patrimoniales sur l'enfant. Statuant sous l'angle de la reconnaissance de l'égalité des droits patrimoniaux de l'enfant naturel et de l'enfant légitime, la Cour estime que « le domaine des successions – et libéralités – entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale. Celle-ci ne comprend pas uniquement des relations de caractère social, moral ou culturel, par exemple dans la sphère de l'éducation des enfants ; elle englobe aussi des intérêts matériels, comme le montre notamment les obligations alimentaires et la place attribuée à la réserve héréditaire dans l'ordre juridique interne de la majorité des Etats contractants »¹⁸⁴⁸. L'affaire *Marckx c/ Belgique* permet à la Cour de dénoncer les différences de traitement dont étaient victimes, en droit belge, les mères célibataires et leurs enfants dans le domaine des droits patrimoniaux. Dans cet arrêt, la Cour accepte que « le respect de la vie familiale de l'enfant n'exige pas pour autant que ce dernier ait droit à une certaine part de la succession de ses auteurs, voire de ses proches parents »¹⁸⁴⁹. Mais si la Cour semble donner une certaine marge d'appréciation aux Etats, elle restreint cette marge aussitôt. Ainsi, elle reconnaît qu'« il est en soi légitime, voire méritoire, de soutenir et encourager la famille traditionnelle »¹⁸⁵⁰ à condition que les mesures prises à cette fin n'aboutissent pas à léser la famille naturelle¹⁸⁵¹. L'affaire *Marckx*, confirmé par l'affaire *Vermeire c/ Belgique* du 29 novembre 1991¹⁸⁵² consacre ainsi le droit potentiel de l'enfant naturel à hériter de ses parents et des proches parents de ceux-ci au même titre qu'un enfant légitime. Sur le fondement du droit au respect des biens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, l'affaire *Inze c/ Autriche* du 28 octobre 1987¹⁸⁵³ permet à la Cour européenne de se prononcer sur l'obtention, par voie de succession, d'une part du

205, p. 12, obs. E. Viganotti ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 257-259, p. 44, obs. S. Hamou ; *RJPF* 2014, n° 9, p. 46, obs. T. Garé.

¹⁸⁴⁸ *Marckx c/ Belgique*, préc., § 52.

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*, § 53.

¹⁸⁵⁰ *Marckx c/ Belgique*, préc., § 40 ; *Mazurek c/ France* du 1^{er} février 2000, req. n° 34406/97, § 50 : *GACEDH* n° 54, p. 588 ; *JCP G* 2000, II, 10286, obs. A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *RTD civ.* 2000, 311, obs. J. Hauser.

¹⁸⁵¹ *Vermeire c/ Belgique* du 29 novembre 1991, série A. n° 214-C, § 40.

¹⁸⁵² *Ibid.*

¹⁸⁵³ *Inze c/ Autriche* du 28 octobre 1987, série A. n° 126 ; la Cour revient au fondement de l'article 8 dans les affaires *Camp et Bourimi c/ Pays-Bas* du 3 octobre 2000 et *Pla et Puncernau c/ Andorre* du 13 juillet 2004 et elle vise les deux fondements dans l'affaire *Merger et Cros c/ France* du 22 décembre 2004.

patrimoine de la mère décédée d'un enfant naturel en concurrence avec un enfant légitime. Dans cette affaire, il ne s'agissait pas d'un droit potentiel à succéder, mais d'une restriction dans la jouissance d'un bien légué en raison de la qualité d'enfant naturel du requérant. Estimant que « seules de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage »¹⁸⁵⁴, la Cour déclare la législation autrichienne en cause discriminatoire. Le même raisonnement a été adopté en faveur d'un enfant adultérin dans l'affaire *Mazurek c/ France* du 1^{er} février 2000¹⁸⁵⁵ dans laquelle la Cour considère que « l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables »¹⁸⁵⁶. Dans cet arrêt, la Cour exige en outre, l'absence de réduction de la part successorale d'un enfant adultérin en raison de la nature de sa filiation¹⁸⁵⁷. Selon la Cour, le principe de l'égalité entre tous les enfants s'applique également aux libéralités, qu'elles prennent la forme d'un testament ou d'une donation. Elle se prononce ainsi dans l'affaire *Merger et Cros c/ France* du 22 décembre 2004 en faveur d'un enfant adultérin¹⁸⁵⁸, et dans l'affaire *Pla et Puncernau c/ Andorre* du 13 juillet 2004 en faveur d'un enfant adoptif¹⁸⁵⁹. Dans l'affaire *Fabris c/ France* du 7 février 2013¹⁸⁶⁰, la Cour européenne condamne la réduction des droits d'un enfant adultérin dans une succession liquidée avant la loi de 2001 admise par la Cour de cassation en application des dispositions transitoires contenues dans cette loi.

644 Plan. A travers sa jurisprudence, la Cour européenne est amenée à se prononcer, d'une part, sur le rattachement de l'enfant à sa famille biologique (Chapitre 1) et d'autre part, sur le rattachement de l'enfant à sa famille affective (Chapitre 2).

¹⁸⁵⁴ *Mazurek c/ France*, préc. § 49 ; *Inze c/ Autriche*, préc., § 41.

¹⁸⁵⁵ *Mazurek c/ France*, préc.

¹⁸⁵⁶ *Mazurek c/ France*, préc., § 54 ; *Merger et Cros c/ France* du 22 décembre 2004, req. n° 68864/01, § 33 : *JCP G* 2005, I, 103, obs. F. Sudre.

¹⁸⁵⁷ Voir également *Fabris c/ France* du 21 juillet 2011, req. n° 16574/08 : *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2011, p. 732, obs. J-P. Marguénaud – l'affaire *Fabris c/ France* vient préciser l'application dans le temps de l'arrêt *Mazurek c/ France*.

¹⁸⁵⁸ *Merger et Cros c/ France*, préc., § 33.

¹⁸⁵⁹ *Pla et Puncernau c/ Andorre* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01.

¹⁸⁶⁰ *Fabris c/ France* du 7 février 2013, req. n° 16574/08 : *JCP G* 2013, act. 242, obs. F. Sudre.

Chapitre 1 : Le rattachement de l'enfant à sa famille biologique

645 **Fait et droit.** Le rattachement de l'enfant à sa famille biologique peut se faire de deux manières : de manière factuelle, à travers la connaissance de ses origines (Section 1), et de manière juridique, à travers la filiation (Section 2). Les origines d'une personne ne sont qu'un fait. Ainsi, le droit de connaître ses origines, se distinguant du droit de la filiation, a uniquement pour objet une situation de fait : les données biologiques. Il ne permet aucunement d'établir ni de contester une filiation, qui relève d'un ordre juridique différent, celui du droit, où sont aussi en cause des réalités juridiques biologiques et volontaires, Mais devant la Cour européenne, la distinction entre les deux droit n'est pas très claire est la confusion est parfois commise par la Cour européenne¹⁸⁶¹.

Section 1 : La connaissance de ses origines

646 **Affaire fondatrice sur la connaissance de ses origines.** L'affaire *Gaskin c/ Royaume-Uni* du 7 juillet 1989¹⁸⁶² constitue la première affaire concernant la connaissance de ses origines. En l'espèce, il ne s'agit pas de la connaissance des origines maternelles ou paternelles biologique mais le problème de l'accès aux informations concernant des données personnelles d'un enfant placé. En revanche, les affaires suivantes portent toutes sur la question de la connaissance de ses origines biologiques. Dans l'affaire *Gaskin*, après le décès de sa mère, M. Gaskin a été pris en charge par la commune de Liverpool lorsqu'il n'avait même pas un an. Séjournant la plupart du temps chez divers parents nourriciers, la prise en charge du requérant s'est

¹⁸⁶¹ Ph. Mauraie, « La Cour européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines. – L'affaire Odièvre », *JCP G* 2003, I 120.

¹⁸⁶² *Gaskin c/ Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A, n° 160 : *GACEDH*, p. 324 ; *JDI* 1990, p. 715, obs. P. Tavernier ; *RUDH* 1990, p. 361, chron. P. Lambert.

achevée au moment de sa majorité. Pendant sa minorité, M. Gaskin est reconnu coupable de diverses infractions juvéniles, dont un cambriolage et un vol. Depuis sa majorité, le requérant a tenté d'obtenir la communication de la totalité du dossier qui avait été constitué à son sujet, en vue de reconstituer son histoire personnelle à travers les multiples pièces ou témoignages qu'il pouvait contenir. Il prétendait avoir été maltraité alors qu'il se trouvait sous assistance. La ville de Liverpool n'accepta de lui communiquer que le petit nombre de pièces pour lesquelles les informateurs avaient donné leur accord. Le requérant ne se plaignait pas d'une intrusion indue de l'Etat dans sa vie privée, mais bien au contraire d'une inaction ou d'une abstention de l'administration, à travers le refus de lui communiquer l'intégralité de son dossier. Statuant sous l'angle de l'obligation positive, la Cour européenne relève qu' « à n'en pas douter, les pièces versées au dossier concernant la "vie privée et familiale" de M. Gaskin à un tel degré que le problème de leur accessibilité à l'intéressé entre dans le domaine de l'article 8 »¹⁸⁶³. À l'instar de la Commission, elle considère que « le dossier remplaçait les souvenirs et l'expérience des parents d'un enfant non placé à l'assistance »¹⁸⁶⁴. Soucieuse de rechercher « le juste équilibre » entre tous les intérêts en cause, la Cour européenne « n'exprime aucune opinion sur la question de savoir si des droits généraux d'accès à des données et renseignements personnels peuvent se déduire du § 1 de l'article 8 »¹⁸⁶⁵, mais considère que des solutions apportées en Grande-Bretagne à cette affaire n'étaient pas suffisantes. Selon elle, « [...] un système qui subordonne l'accès aux dossiers à l'acceptation des informateurs, comme au Royaume-Uni, peut en principe être tenu pour compatible avec l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'Etat. Il doit toutefois sauvegarder, quand un informateur n'est pas disponible ou refuse abusivement son accord, les intérêts de quiconque cherche à consulter des pièces relatives à sa vie privée et familiale ; il ne cadre avec le principe de proportionnalité que s'il charge un organe indépendant, au cas où un informateur ne répond pas ou ne donne pas son consentement, de prendre la décision finale sur l'accès »¹⁸⁶⁶.

647 **Interprétation constructive de la notion de « vie privée ».** Le droit à la connaissance de ses origines trouve son fondement dans l'interprétation constructive du

¹⁸⁶³ *Gaskin c/ Royaume-Uni*, préc., § 37.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶⁶ *Gaskin c/ Royaume-Uni*, préc., § 49.

champ d'application de la notion de la vie privée¹⁸⁶⁷. La Cour européenne considère que cette notion se présente comme un complexe de différents éléments¹⁸⁶⁸ relevant de la connaissance de son identité, des relations avec l'extérieur, de l'épanouissement personnel et de la stabilité mentale¹⁸⁶⁹, tout concourant à reconnaître « l'intérêt vital » à obtenir des informations concernant « un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs »¹⁸⁷⁰. Aux yeux de la Cour, les personnes « ont un intérêt primordial protégé par la Convention à recevoir des renseignements qu'il leur faut connaître, à comprendre leur enfance et leur années de formation »¹⁸⁷¹. Le choix du fondement est ici différent de celui dans l'arrêt *Gaskin c/ Royaume-Uni*. Dans ce dernier arrêt, la Cour fait entrer le droit d'accéder à des informations concernant son enfance dans le champ de la « vie privée et familiale »¹⁸⁷².

648 Titulaires du droit de connaître ses origines. Soulignant que « la naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention [...] », la Cour considère que les personnes de tout âge ont un intérêt vital à la connaissance de leurs origines. Selon elle, cet intérêt « ne cesse nullement avec l'âge [...] »¹⁸⁷³ et elle souligne que lorsqu'il s'agit d'un mineur qui cherche à connaître ses origines, « les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁸⁷⁴. En soulignant l'importance de connaître ses origines, la Cour relève que le comportement de la personne qui recherche tout au long

¹⁸⁶⁷ Voir notamment *Odièvre c/ France* du 13 février 2003, req. n° 42326/98, § 44 : *Dr. fam.* 2003, n° 5, p. 23, obs. P. Murat ; *D.* 2003, n° 19, p. 1240, obs. B. Mallet-Bricout ; *LPA* 2003, n° 116, p. 11, obs. O. Roy ; *JDI* 2004, n° 2, p. 696, obs. D. Leclercq-Delapierre ; *RTDH* 2004, n° 58, p. 405, obs. V. Bonnet ; *RLDC* 2004, n° 5 SUP, p. 39, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; *RLDC* 2004, n° 5 SUP, p. 43, obs. M.-Ch. Le Boursicot ; *Gaz. Pal.* 2005, n° 16, p. 11, obs. S. Royant ; *RCDIP* 2006, n° 4, p. 743, obs. M. Hunter-Henin ; *JCP G* 2003, n° 13, I 120, obs. Ph. Malaurie ; *JCP G* 2003, n° 13, II 10049, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre.

¹⁸⁶⁸ Voir notamment, 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 Cour européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruylant-Nemesis, coll. « Droit et justice », n° 63, 2005.

¹⁸⁶⁹ *Bensaid c/ Royaume-Uni* du 6 février 2001, req. n° 44599/98, § 47 : *JCP G* 2001, n° 17, I 342, chron. F. Sudre.

¹⁸⁷⁰ *Odièvre c/ France*, préc., § 29.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*, § 42.

¹⁸⁷² Dans le même sens, *M.G. c/ Royaume-Uni* du 24 septembre 2002, req. n° 39393/98 : *JCP G* 2003, I, 109, n° 17, obs. F. Sudre.

¹⁸⁷³ *Jäggi c/ Suisse*, préc., § 40 ; *Godelli c/ Italie*, préc., § 56.

¹⁸⁷⁴ *Mikulic c/ Croatie* du 7 février 2002, req. n° 53176/99, § 65 : *Europe* 2002, n° 5, p. 30, obs. N. Deffains ; *JCP G* 2002, chron. n° 31, p. 1453, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, n° 4, p. 795, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2002, n° 4, p. 866, obs. J.-P. Marguénaud.

de sa vie l'identité de son géniteur « suppose des souffrances morales et psychiques, même si elles ne sont pas médicalement constatées »¹⁸⁷⁵.

649 Plan. En matière de connaissance de ses origines, la question qui se pose devant la Cour européenne concerne le jeu d'équilibre entre le droit de l'enfant de connaître ses origines et, le secret de la naissance (§ 1), d'une part, et l'accès à l'expertise biologique en vue de déterminer ses origines (§ 2), d'autre part.

§ 1 : L'accès au secret de l'enfant né sous X

650 Jeu d'équilibre. L'arrêt *Odièvre c/ France* du 13 février 2003¹⁸⁷⁶ et l'arrêt *Godelli c/ Italie* du 25 septembre 2012¹⁸⁷⁷ illustrent le problème relatif à la connaissance de ses origines des enfants né sous X. Deux enfants nées sous X, devenues adultes, se plaignaient de l'accès aux informations concernant leur naissance et les circonstances qui l'entouraient. Dans l'affaire française, la requérante a pu obtenir des informations non identifiantes sur ses parents et la composition de sa fratrie. Au contraire, dans l'affaire italienne, la demande de la requérante a été rejetée de manière absolue et définitive, aucune information ne lui étant communiquée. Sur le fondement du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention, l'Italie est condamnée mais pas la France. La Cour européenne estime que, contrairement à la législation française, la législation italienne ne donne aucune possibilité à l'enfant de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la possibilité de demander la recevabilité du secret lorsque la mère biologique a décidé, lors de l'accouchement, de garder l'anonymat. Après avoir déterminé la marge d'appréciation de l'Etat (A.), la Cour européenne précise les obligations positives qui sont à la charge de celui-ci en la matière (B.).

A. La détermination de la marge d'appréciation de l'Etat

651 Ingérence passive. Dans l'affaire *Odièvre*, la Cour européenne a fait le choix d'analyser l'impossibilité pour la requérante d'obtenir des informations identifiantes sur

¹⁸⁷⁵ *Jäggi c/ Suisse*, préc., § 40 ; dans le même sens, *Godelli c/ Italie*, préc., § 56.

¹⁸⁷⁶ *Odièvre c/ France*, préc.

¹⁸⁷⁷ *Godelli c/ Italie* du 25 septembre 2012, req. n° 33783/09 : *Lexbase Hebdo – Edition Privée Générale* 2012, n° 503, obs. A. Gouttenoire ; *RLDC* 2013, n° 100, p. 35, obs. M.-Ch. Le Boursicot ; *JCP G* 2013, n° 3, p. 92, obs. F. Sudre ; *AJ fam.* 2012, n° 11, p. 554, obs. F. Chénéde ; *RTDH* 2014, n° 97, p. 153, obs. V. Bonnet ; N. Hervieu, « L'accouchement anonyme à l'épreuve européenne du droit à la connaissance de ses origines », in *Lettres « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 septembre 2012.

sa génitrice comme un manquement de l'Etat à une obligation positive d'agir¹⁸⁷⁸. Toutefois, si c'est bien le refus de la mère de dévoiler son identité qui semble porter atteinte au droit à la connaissance des origines de la requérante, ce qu'elle reproche à l'Etat français, c'est d'avoir donné, en raison de son droit positif, la possibilité à la mère de refuser de révéler son identité. C'est donc une action de l'Etat, l'adoption des règles garantissant le secret de la mère qui le désire, qui a permis l'atteinte à la vie privée de l'intéressée, et non une abstention. Le choix de la Cour n'était « ni anodin ni indiscutable : la technique choisie, en inversant l'examen de proportionnalité, met la législation critiquée en position favorable »¹⁸⁷⁹. Dans l'affaire *Godelli*, la Cour se place à nouveau sur ce terrain. Si on peut penser qu'il s'agit de la volonté de la Cour de se montrer cohérente avec elle-même pour montrer qu'il n'y a pas revirement de sa part »¹⁸⁸⁰, on ne peut pas nier le fait que le contrôle du respect des obligations positives est moins rigoureux que celui de l'abstention due par l'Etat¹⁸⁸¹.

652 Intérêts concurrents. En faisant référence à l'arrêt *Gaskin c/ Royaume-Uni*¹⁸⁸² relatif à l'accès au dossier personnel de l'enfant placé et à l'arrêt *Mikulic c/ Croatie*¹⁸⁸³ relatif à l'accès à l'expertise biologique, la Cour estime que la question de l'accès aux origines et de la connaissance de l'identité de ses parents n'est pas la même que celle de l'accès au dossier personnel ou celle des preuves de la paternité alléguée¹⁸⁸⁴. La Cour considère que l'accouchement anonyme provoque la confrontation du droit de l'enfant – quel que soit son âge – à la connaissance de ses origines, et du droit de la femme à conserver son anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées¹⁸⁸⁵. La Cour estime qu'il faut également prendre en compte l'intérêt général relatif à la protection de la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons « sauvages ». La Cour s'est référée également au droit au respect de la vie garanti à l'article 2 de la Convention dans l'affaire

¹⁸⁷⁸ *Odièvre c/ France*, préc., § 40.

¹⁸⁷⁹ *JCP G* 2003, II 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; dans le même sens, V. Bonnet, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2004, p. 405.

¹⁸⁸⁰ V. Bonnet, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme : une histoire sans fin ? », *RTDH* 2014, p. 153.

¹⁸⁸¹ *GACEDH*, n° 52, p. 596.

¹⁸⁸² *Gaskin c/ Royaume-Uni*, préc.

¹⁸⁸³ *Mikulic c/ Croatie*, préc.

¹⁸⁸⁴ *Odièvre c/ France*, préc., § 43 ; *Godelli c/ Italie*, préc., § 62.

¹⁸⁸⁵ *Odièvre c/ France*, préc., § 44.

*Odièvre*¹⁸⁸⁶, mais pas dans l'affaire *Godalli*. Or, en soulignant que le but de l'accouchement anonyme est, pour partie, d'éviter des avortements clandestins, ou des abandons « sauvages », la Cour rappelle que, sans l'accouchement sous X, un certain nombre d'enfants qui recherchent leurs origines ne seraient pas nés vivant ou n'auraient pas survécu à un accouchement dans des conditions d'hygiène déplorables. Ainsi, « l'accouchement sous X ne met pas seulement en concurrence un droit de la mère et un droit de l'enfant mais également deux droits de l'enfant à des moments différents de sa vie, son droit à la santé et à la vie d'une part, son droit à la connaissance des origines d'autre part »¹⁸⁸⁷.

653 Intérêt des tiers. L'intérêt des parents adoptifs et celui de la famille biologique (le père, les frères et sœurs) ont été également soulevés dans l'affaire *Odièvre*¹⁸⁸⁸ mais on a du mal à comprendre la pertinence de ces éléments. En ce qui concerne le père et les frères et sœurs de l'enfant, ils ne peuvent pas en effet se prévaloir d'un droit au secret équivalent à celui de la mère. Concernant l'intérêt des parents adoptifs, l'argument soulevé d'office par la Cour, constitue un argument encore plus discutable¹⁸⁸⁹. Ainsi, le fait de considérer que le droit au respect de la vie privée et familiale des parents adoptifs s'oppose à la révélation de l'enfant revient à considérer que l'adoption doit rompre définitivement, en fait et en droit, tous les liens avec les origines de l'enfant. De plus, dans le cas d'espèce, il n'a pas été démontré que les parents adoptifs s'opposaient à la connaissance des origines de l'enfant¹⁸⁹⁰. Contre le droit de l'enfant de connaître ses origines les intérêts en jeu étaient nombreux, presque trop. Dans l'affaire *Godelli*, alors que la requérante a également été adoptée, la Cour européenne se limite, à juste titre, à invoquer seulement l'intérêt de l'enfant, celui de la mère biologique et l'intérêt général¹⁸⁹¹. L'intérêt des tiers n'a pas été invoqué.

654 Absence de consensus. Après avoir placé l'affaire sous l'angle de l'obligation positive, et avoir exposé les intérêts concurrents, la Cour européenne a continué son raisonnement, dans l'affaire *Odièvre*, avec l'interprétation consensuelle pour constater qu'il n'existait pas de consensus européen en la matière. En effet, la Cour observe que

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*, § 45.

¹⁸⁸⁷ A. Gouttenoire, « L'accouchement sous X italien condamné par la Cour européenne des droits de l'homme », *Lexbase Hebdo – édition privée générale* 2012, n° 503.

¹⁸⁸⁸ *Odièvre c/ France*, préc., § 44.

¹⁸⁸⁹ V. Bonnet, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

¹⁸⁹⁰ Ence sens, *JCP G* 2003, II 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre.

¹⁸⁹¹ *Godelli c/ Italie*, préc., §§ 50 à 51.

les Etats contractants ne connaissent pas, pour la plupart d'entre eux, de législations comparables à celle de la France, au moins sur l'impossibilité d'établir un lien de filiation à l'égard de la mère biologique, dans le cas où celle-ci persiste à maintenir le secret de son identité vis-à-vis de l'enfant qu'elle a mis au monde. Elle note cependant que certains pays ne prévoient pas l'obligation de déclarer le nom des parents biologiques lors de la naissance et que des pratiques d'abandons sont avérées dans plusieurs autres Etats engendrant de nouveaux débats sur l'accouchement anonyme¹⁸⁹². Ainsi, la Cour en déduit que face à la diversité des systèmes et traditions juridiques, ainsi d'ailleurs que des pratiques d'abandon, les Etats doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation. Ce raisonnement est critiqué par une partie de la doctrine qui considère que la Cour donne l'impression qu'elle se sert volontairement de la technique de consensus de façon à laisser une marge importante d'appréciation à l'Etat, quitte à les déformer ou à les pervertir, afin de « sauver l'accouchement sous X »¹⁸⁹³. En effet, en précisant que « les Etats contractants ne connaissent pas, pour la plupart d'entre eux, de législations comparables à celle de la France, [...] », la Cour reconnaît pourtant elle-même que la France est le seul Etat à connaître un système de secret aussi poussé¹⁸⁹⁴. Selon Vincent Bonnet, « dans un contexte où la France fait figure d'exception, il est difficile de ne pas reconnaître qu'il existe en réalité un consensus *contre* le droit au secret »¹⁸⁹⁵. Au contraire, certains auteurs montrent qu'en regardant les pratiques et les débats actuels, la position de la France n'est pas si isolée qu'il paraît¹⁸⁹⁶. En effet, l'Allemagne, pendant longtemps très attachée à la connaissance de ses origines, évolue vers une sorte de maternité sous X¹⁸⁹⁷. La Belgique suit également le même mouvement. L'Italie et le Luxembourg ont un système qui lui est comparable. Le raisonnement de la Cour paraît ainsi plus justifiable au regard de l'évolution possible des législations nationales et des mentalités.

¹⁸⁹² *Odièvre c/ France*, préc., § 47.

¹⁸⁹³ En ce sens, voir par exemple, *JCP G* 2003, II 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; P. Murat, « L'accouchement sous X n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* 2003, n° 5, comm. 58.

¹⁸⁹⁴ En ce sens, *JCP G* 2003, II 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre, B. Mallet-Bricout, « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2003, p. 1240.

¹⁸⁹⁵ V. Bonnet, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

¹⁸⁹⁶ Ph. Malaurie, « La Cour européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines. – L'affaire Odièvre », *JCP G* 2003, I 120 : dans le même sens, P. Murat, « L'accouchement sous X n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme », préc.

¹⁸⁹⁷ Voir E. Wenner, « Le droit aux origines face à l'émergence de l'anonymat [à propos des casiers à bébés] », in *L'identité de la personne humaine*, J. Pousson-Petit (ss dir.), Bruylant, 2000, p. 797 et s.

655 Droit à l'identité. Dans l'affaire *Godalli* cependant, la Cour ne s'est pas référée au jeu de l'application consensuelle de la Convention octroyant une large marge d'appréciation à l'Etat. Elle a estimé au contraire que cette marge doit être réduite en matière de connaissance des origines, impliquant un contrôle approfondi de sa part. En effet, en affirmant que « le choix des mesures propres à garantir l'observation de l'article 8 de la Convention dans les rapports interindividuels relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat contractant », la Cour considère que « l'ampleur de cette marge d'appréciation des Etats contractants dépend non seulement du ou des droits concernés mais également, pour chaque droit, de la nature même de ce qui est en cause », et « que le droit à l'identité, dont révèle le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de la vie privée. Dans pareil cas, un examen d'autant plus approfondi s'impose pour peser les intérêts concurrents »¹⁸⁹⁸.

B. La précision des obligations positives

656 Mise en balance des intérêts. Il est nécessaire de préciser ici que la Cour européenne avait fait référence, de manière quelque peu critiquable, à l'autonomie de la volonté »¹⁸⁹⁹ dans l'affaire *Odièvre*, pour considérer que dans le cas d'espèce, il s'agissait de la confrontation des intérêts des deux adultes et non pas un adulte et un enfant. Ce qui ne pouvait que sous-entendre sa volonté d'exprimer que lorsqu'il s'agit d'un adulte et un enfant, la résolution du conflit d'intérêts n'aurait pas eu lieu de la même façon et que l'intérêt de l'enfant devrait alors peser d'un plus grand poids¹⁹⁰⁰. La Cour semble abandonner cette approche dans l'affaire *Godelli*. Rappelant dans cette dernière affaire, comme dans sa jurisprudence constante relative à la connaissance de ses origines¹⁹⁰¹, que « l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge [...] »¹⁹⁰², et que le comportement du requérant qui recherche tout au long de sa vie l'identité de son géniteur « suppose des souffrances morales et psychiques, même si elles ne sont pas médicalement constatées »¹⁹⁰³, la Cour

¹⁸⁹⁸ *Godelli c/ Italie*, préc., § 52.

¹⁸⁹⁹ *Odièvre c/ France*, préc., § 44.

¹⁹⁰⁰ A. Gouttenoire et F. Sudre, « la Compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X », *JCP G* 2003, II, 10049.

¹⁹⁰¹ Voir par exemple, *Mikulic c/ Croatie*, préc. ; *Jäggi c/ Suisse*, préc.

¹⁹⁰² *Godelli c/ Italie*, préc., § 56.

¹⁹⁰³ *Ibid.*

européenne va dévoiler la question centrale de son raisonnement, « le droit de savoir signifie-t-il l'obligation de divulguer ? »¹⁹⁰⁴.

657 Comparaison des systèmes. La Cour répond à cette question en condamnant l'Italie dans l'arrêt *Godelli*, mais pas la France dans l'arrêt *Odièvre*. En condamnant le système d'accouchement anonyme italien, « la Cour de Strasbourg donne en réalité indirectement un *satisfecit* au système français puis qu'elle conclut à l'inconventionnalité du premier par comparaison avec le second »¹⁹⁰⁵ et affirme que « l'équilibre entre les différents intérêts en cause, est atteint dans le système français mais pas dans le système italien »¹⁹⁰⁶. Dans l'affaire *Godelli*, la Cour prend soin de souligner les trois choses qui séparent le système italien du système français : le défaut d'accès à des informations non identifiantes, l'absence d'organisme facilitant l'accès aux origines et la possibilité pour la mère de lever l'anonymat¹⁹⁰⁷. La condamnation de l'Italie « réaffirme aussi la possibilité d'une articulation » entre le droit de l'enfant de connaître ses origines et le droit de la mère de conserver l'anonymat¹⁹⁰⁸. Ainsi, aux yeux de la Cour européenne, il semble que le système de l'accouchement sous X doit, d'une part, permettre à l'enfant d'accéder, au minimum, à quelques informations, identifiantes ou non, relative à ses origines maternelles (1°). Le système doit également permettre à la mère de revenir à la décision de garder l'anonymat (2°).

1° L'accès aux informations

658 Possibilité d'accéder aux informations. Le droit de savoir ne signifie pas nécessairement l'obligation de divulguer. Mais la Cour précise que le droit au respect de la vie privée prohibe tout « refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles »¹⁹⁰⁹. Dans l'affaire *Godelli*, la Cour a relevé que lorsque la requérante a sollicité les services italiens de l'état civil afin d'obtenir des renseignements sur ses origines, sa demande a été refusée au motif que son acte de naissance se bornait à

¹⁹⁰⁴ *Odièvre c/ France*, préc., § 45.

¹⁹⁰⁵ A. Gouttenoire, « L'accouchement sous X italien condamné par la Cour européenne des droits de l'homme », *Lexbase Hebdo – édition privée générale* 2012, n° 503 ; M.-C. La Boursicot, « Du secret absolu au secret relatif », *AJ fam.* 2003, n° 3, p. 86 ; *A contrario*, voir, V. Bonnet, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme : une histoire sans fin ? », préc.

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁹⁰⁷ *Godelli c/ Italie*, préc., § 57 et 58.

¹⁹⁰⁸ A. Gouttenoire, « L'accouchement sous X italien condamné par la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

¹⁹⁰⁹ *Godelli c/ Italie*, préc., § 68.

désigner sa mère biologique comme « une femme qui ne consentait pas à être nommée »¹⁹¹⁰. Toutes ses autres démarches devant les juridictions italiennes restaient vaines, du fait du secret de l'identité initialement opposé par sa mère biologique. De plus, le droit italien à l'époque des faits considérait que l'impossibilité d'accéder aux informations concernant les origines pouvait demeurer sans qu'il soit besoin de vérifier la persistance de la volonté de la mère à ne pas être nommée¹⁹¹¹. Comparant les deux systèmes d'accouchement anonyme, la Cour européenne a souligné que le système italien, contrairement au système français, ne vise pas à garantir une balance entre les intérêts en présence et « une préférence aveugle est donnée à la mère »¹⁹¹². Elle a relevé que la requérante ne pouvait « demander [...] l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines »¹⁹¹³. Dans l'arrêt *Godelli*, la Cour a souligné que la requérante n'a obtenu « aucune information sur la mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire »¹⁹¹⁴. Dans ces conditions, dans l'organisation d'un système de l'accouchement anonyme, une obligation positive d'accorder aux enfants nés sous X une possibilité de connaître au moins quelques informations, même non identifiantes, est ainsi nécessaire aux yeux des juges européens.

659 Identité de la mère. Soulignant que le respect du droit de savoir commande l'accès à des informations non identifiantes, le droit de savoir ne signifie donc pas nécessairement l'obligation de connaître l'identité de sa mère biologique. Selon sa propre formulation, en insistant particulièrement sur « l'intérêt vital de l'enfant à son épanouissement », et sur l'intérêt de tout individu à « comprendre son enfance » et à connaître les « circonstances » de sa naissance, la Cour européenne consacre bien le « droit de savoir », *par exemple* l'identité de ses géniteurs¹⁹¹⁵. Toutefois, « à aucun moment, la Cour européenne ne déclare pas clairement que la Convention protège le droit de toute personne à connaître l'identité de ses parents biologiques »¹⁹¹⁶. Ainsi, faudrait-il en déduire que la possibilité pour l'individu né sous X de connaître quelques

¹⁹¹⁰ *Ibid.*, § 6.

¹⁹¹¹ *Ibid.*, §§ 11 à 15.

¹⁹¹² *Ibid.*, § 57.

¹⁹¹³ *Ibid.*, § 78.

¹⁹¹⁴ *Ibid.*, § 68.

¹⁹¹⁵ *Odièvre c/ France*, préc., § 29, nous soulignons.

¹⁹¹⁶ B. Mallet-Bricout, « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embaras de la Cour européenne des droits de l'homme », préc. ; A. *contrario*, voir, V. Bonnet, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

éléments de son histoire personnelle est suffisante pour affirmer qu'il a eu accès à ses origines ? Au contraire, faudrait-il penser que le droit d'accès à ses origines exige la connaissance de l'identité de ses parents ? La réponse de la Cour dans l'affaire *Godelli* semble faire pencher la balance vers la première hypothèse.

2° La réversibilité du secret

660 Réversibilité. Dans l'affaire *Odièvre*, la Cour a justifié le constat de non-violation du droit au respect de la vie privée par la mise en place, un an auparavant, d'un nouveau dispositif permettant désormais de « lever le secret de l'identité »¹⁹¹⁷. Or, elle a souligné dans l'affaire *Godelli* qu'un mécanisme tout à fait comparable était toujours en cours d'examen devant le Parlement italien depuis 2008¹⁹¹⁸, d'où la condamnation de l'Italie. En effet, en France, la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines¹⁹¹⁹, si elle n'est pas revenue sur le droit de la mère de conserver le secret sur son identité, des mesures incitatives ont été prises pour que les mères rendent ce secret « réversible ». Par conséquent, le système français de l'accouchement sous X autorise plus largement l'accès aux origines et « nous somme passés d'un système du secret absolu à un système favorisant le secret relatif »¹⁹²⁰. De même, le Conseil national de l'accès aux origines personnelles, créé par la loi de 2002, a comme la fonction essentielle de faciliter la rencontre entre les enfants qui désirent connaître l'identité de leur mère et les femmes qui acceptent de la dévoiler.

661 Possibilité de lever le secret de plein droit. Mais les femmes qui accouchent peuvent toujours choisir de ne laisser aucune trace à la naissance de l'enfant ou de ne pas revenir sur sa décision de garder son anonymat, même lorsqu'elle est sollicitée des années plus tard. Même dans le système français, la connaissance des origines demeure toujours soumise à l'accord de la mère. Sur ce point, accordons-nous trop de poids à l'intérêt de la mère, au détriment de celui de l'enfant ? Dans l'affaire *Odièvre*, les juges dissidents contestaient en effet l'idée même que le dernier mot puisse revenir à la mère « quelle que soit la raison ou la légitimité de cette décision »¹⁹²¹. Ainsi, faut-il suivre la

¹⁹¹⁷ *Odièvre c/ France*, préc., § 49.

¹⁹¹⁸ *Godelli c/ Italie*, préc., § 27.

¹⁹¹⁹ B. Mallet-Bricout, « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

¹⁹²⁰ M.-C. La Boursicot, « Du secret absolu au secret relatif », préc.

¹⁹²¹ *Odièvre c/ France*, préc., § 7 de l'opinion dissidente des juges Wildhaber, Sir Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens et Pellonpää.

propositions selon laquelle « au lieu de sauver le système français tel qu'il existe, il faudrait peut-être revenir à l'exigence qui était celle de la Cour dans l'arrêt *Gaskin* relative à l'instauration d'une institution qui aurait le pouvoir de passer outre au refus de la mère pour révéler son identité à l'enfant »¹⁹²². La Cour européenne ne s'est pas prononcée sur ce point et il semble peu probable qu'elle se positionne en ce sens. La possibilité de lever le secret de plein droit lorsque l'enfant fait la demande fragilisera le mécanisme même de l'accouchement sous X. La Cour européenne a déjà estimé que la question de l'accès aux origines et de la connaissance de l'identité de ses parents en matière de l'accouchement anonyme n'est pas la même que celle de l'accès au dossier personnel ou celle des preuves de la paternité alléguée¹⁹²³. Elle a aussi relevé que « la levée non consensuelle du secret de sa naissance pouvait comporter des risques non négligeables »¹⁹²⁴. Selon le Professeur Malaurie, la transparence et la connaissance des origines peuvent, selon les circonstances, être destructives ou enrichissantes et il est nécessaire de procéder au cas par cas, ce qui rend utile la médiation¹⁹²⁵.

662 Action en recherche de maternité. La dernière interrogation est de savoir si le droit de savoir peut éventuellement déclencher une obligation de l'intégration juridique de l'enfant dans sa famille. Autrement dit, doit-on autoriser une action en recherche de maternité lorsque l'identité de la mère ayant accouché sous X est connue ? En France, une telle action est possible depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, celle-ci supprimant la fin de non-recevoir à une demande en recherche de maternité. En effet, la conformité de la fin de non-recevoir à une demande en recherche de maternité aux articles 8 et 14 combinés de la Convention européenne des droits de l'homme était discutée depuis la loi de 1993 sous le grief d'une discrimination entre l'homme qui ne peut pas engendrer sous X et la femme qui peut donner la vie sous X¹⁹²⁶. La suppression de la fin de non-recevoir n'est pas à l'abri de la critique car elle ne pourrait que renforcer la volonté des mères de ne laisser aucune trace de leur identité lors de l'accouchement. L'équilibre délicat entre le droit de savoir et l'obligation de divulguer réalisé auparavant par la loi du 22 janvier 2002 n'est pas ainsi

¹⁹²² V. Bonnet, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2004, p. 405.

¹⁹²³ *Odièvre c/ France*, préc., § 43 ; *Godelli c/ Italie*, préc., § 62.

¹⁹²⁴ *Odièvre c/ France*, préc.

¹⁹²⁵ Ph. Malaurie, « La Cour européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines. – L'affaire Odièvre », préc.

¹⁹²⁶ F. Granet-Lambrechts, « Rectification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation : les modifications », *AJ fam* 2009, p. 76.

perturbé ? Selon Vincent Bonnet, « mieux vaudrait rétablir la fin de non-recevoir à une action qui n'intéresse guère les enfants nés sous X et atténuer, sans le supprimer, le secret dont la femme peut se prévaloir »¹⁹²⁷. L'auteur montre que « les possibilités en ce sens seraient certainement nombreuses : contraindre la femme à laisser son identité sous pli fermé, permettre à une autorité, pourquoi pas le CNAOP, de lever le secret contre la volonté de la mère, prévoir une levée du secret sans restriction après son décès, etc. »¹⁹²⁸. A notre avis, si c'est une bonne idée de contraindre la mère à laisser quelques informations pour pouvoir la retrouver plus tard, ce serait allé trop loin de permettre la levée de plein droit de ce secret et permettre à l'enfant d'engager une action en recherche de maternité.

§ 2 : L'accès à l'expertise biologique

663 Action en recherche de paternité et connaissance des origines. La Cour européenne admet que, l'article 8 se trouve applicable à la détermination du lien de filiation d'un enfant avec le père présumé dans le cadre d'une action en recherche de paternité. Selon la Cour, « il existe une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée de [l'enfant] »¹⁹²⁹. Mélangeant le fait et le droit, la Cour souligne d'une part que « les procédures ayant trait à la paternité tombent sous l'empire de l'article 8 ». Elle souligne d'autre part que la détermination du lien de filiation de l'enfant avec le père présumé « contribue sans aucun doute à son développement personnel et relève également de la vie privée »¹⁹³⁰.

664 PMA. Toutefois, la Cour européenne donne une large marge d'appréciation aux Etats dans la réglementation de l'insémination artificielle, et considère qu'« il n'existe pas d'assentiment général des Etats membres du Conseil de l'Europe quant à savoir s'il est préférable du point de vue de l'enfant ainsi conçu de protéger l'anonymat du donneur de sperme ou de donner à l'enfant le droit de connaître l'identité de celui-ci »¹⁹³¹.

665 Incertitude de la paternité. Contrairement à la maternité, la paternité n'est pas toujours certaine. Grâce au progrès scientifique, la vérité biologique peut

¹⁹²⁷ V. Bonnet, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme : une histoire sans fin ? », préc.

¹⁹²⁸ *Ibid.*

¹⁹²⁹ *Mikulic c/ Croatie*, préc., § 55.

¹⁹³⁰ *Ebru et Tayfun Enin Colak c/ Turquie* du 30 mai 2006, req. n°60176/00, § 85.

¹⁹³¹ *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni* du 22 avril 1997, req. n° 21830/93 : *JCP G* 1998, I, 107, obs. F. Sudre.

aujourd'hui être obtenue à travers des tests ADN. Les juges, dans le cadre de l'action en recherche de paternité, font de plus en plus appel à l'expertise génétique en vue de déterminer la paternité. La Cour européenne admet qu'elle « est consciente que 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 »¹⁹³². En soulignant que les personnes en quête de la connaissance de leurs origines « ont un intérêt vital, défendu par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle »¹⁹³³, la Cour s'interroge sur la question de savoir si d'une part, le droit de l'enfant de connaître ses origines doit primer sur le refus du père à se soumettre aux expertises génétiques (A.), et, d'une part, sur le point de savoir si ce droit commande le prélèvement ADN sur le dépouille du père présumé (B.).

A. L'accès à l'expertise biologique face au refus du père biologique présumé

666 **Conflit d'intérêts.** Dans l'affaire *Mikulic c/ Croatie* du 7 février 2002¹⁹³⁴, la requérante – une fillette de cinq ans – s'est heurtée, dans le cadre d'une action en recherche de paternité engagée conjointement avec sa mère, à l'impossibilité en droit croate de contraindre le père présumé à se conformer à une ordonnance de justice lui intimant de se soumettre à des tests ADN. Statuant sous l'angle de l'obligation positive, la Cour met en balance l'intérêt vital des individus à obtenir les informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de leur identité personnelle et l'intérêt des tiers à refuser d'être contraints de se soumettre à un examen médical.

667 **Absence de consécration du droit à l'accès à l'expertise biologique.** Rappelant qu'« elle n'a point pour tâche de se substituer aux autorités [internes] compétentes pour déterminer quelles sont [...] les méthodes les plus appropriées pour établir la paternité par la voie judiciaire »¹⁹³⁵, la Cour note que les Etats parties à la Convention ont des solutions différentes face au problème du refus du père supposé de se soumettre aux analyses génétiques lorsque ces derniers s'avèrent nécessaire pour

¹⁹³² *I.L.V. c/ Roumanie* du 24 août 2010, req. n° 4901/04.

¹⁹³³ *Mikulic c/ Croatie*, préc., § 64 ; *Jäggi c/ Suisse*, préc., § 38.

¹⁹³⁴ *Mikulic c/ Croatie*, préc.

¹⁹³⁵ *Ibid.*, §59.

établir la paternité¹⁹³⁶. C'est pourquoi elle juge dans l'affaire *Mikulic* qu'un système tel que celui en vigueur en Croatie qui ne prévoit aucun moyen d'obliger un père à se soumettre à une ordonnance judiciaire lui intimant de se soumettre aux tests peut être considéré comme compatible avec les obligations positives découlant de l'article 8¹⁹³⁷. Ainsi, nous pouvons dire que dans le cadre de l'action en recherche de paternité, la Cour européenne ne consacre pas un droit au recours à une expertise génétique en tant que tel.

668 Primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Toutefois, la marge d'appréciation ne fait pas disparaître l'obligation d'assurer un juste équilibre entre, d'une part le droit de la requérante de lever, sans délai inutile, les incertitudes sur son identité personnelle, et d'autre part l'intérêt du père à ne pas se soumettre aux tests ADN. La Cour considère que l'Etat avait l'obligation de mettre en place des moyens alternatifs permettant à une autorité indépendante de trancher la question de la paternité à bref délai. Dans l'affaire *Mikulic c/ Croatie*, le principe de proportionnalité n'avait pas été respecté concernant les intérêts de la requérante qui avait été laissée dans un état d'incertitude prolongée quant à son identité personnelle¹⁹³⁸. Selon la Cour, « le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est déterminant dans le cadre d'une action en recherche de paternité, comme il l'est en matière d'autorité parentale et d'assistance éducative »¹⁹³⁹. Le constat de violation de l'article 8 de la Convention repose sur l'incapacité des juridictions internes à empêcher que l'action en recherche de paternité ne soit entravée par le refus du père prétendu de se plier à un test ADN.

669 Conséquence du refus. Si le refus du père présumé à se soumettre au test ADN peut faire naître une présomption de paternité, la Cour précise dans la décision d'irrecevabilité *Canonne c/ France* du 25 juin 2015¹⁹⁴⁰, que ce refus doit être joint à d'autres éléments de preuve le confortant. En l'espèce, c'est le père biologique présumé qui a saisi la Cour européenne se plaignant que les autorités internes ont établi sa paternité en se fondant sur son refus à se soumettre au test ADN. La Cour européenne admet que la reconnaissance de paternité sur le fondement du refus s'analyse en une

¹⁹³⁶ *Ibid.*, § 64.

¹⁹³⁷ *Ibid.*

¹⁹³⁸ *Mikulic c/ Croatie*, préc., § 64 à 66.

¹⁹³⁹ *Mikulic c/ Croatie*, préc., § 65 ; Dans le même sens, *Ebru et Tayfun Enin Colak c/ Turquie* du 30 mai 2006, req. n°60176/00 ; *A.M.M. c/ Roumanie* du 14 février 2012, req. n° 2151/10.

¹⁹⁴⁰ *Canonne c/ France* du 25 juin 2015, req. n° 22037/13 : *D.* 2016, 647, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJfam.* 2015, 499, obs. S. Le Gac-Pech ; *RTD civ.* 2015, 596, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2015-9/23, obs. T. Garé.

ingérence dans l'exercice par le requérant du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8. Elle souligne de manière intéressante que cette ingérence poursuit le but légitime de la protection du droit de l'enfant. Selon la Cour, « il s'agit manifestement de garantir à l'enfant le plein exercice de son droit au respect de la vie privée, qui comprend non seulement le droit de chacun de connaître son ascendant, mais aussi le droit à la reconnaissance juridique de sa filiation »¹⁹⁴¹. Pour déclarer la requête du père biologique présumé irrecevable, la Cour a constaté que les juridictions internes ne se sont pas fondées sur le seul refus du requérant, « outre les écrits et déclarations de chacun des parties devant elles, elles ont pris en compte des documents et témoignages. Il ressort de plus de l'arrêt de la cour d'appel que ce refus n'est venu que conforter une conclusion déjà partiellement établie au vu de ces autres éléments »¹⁹⁴². Ce faisant, l'exercice par l'enfant de son droit au respect de sa vie privée, qui inclut le droit de connaître son ascendance et de faire reconnaître et déclarer sa filiation n'est pas entravé.

670 Obligation de connaître ses origines. Si la Cour européenne accorde à l'enfant le droit de connaître ses origines malgré le refus du père prétendu à se soumettre au test AND, la question est, dans certains arrêts, inversée. Que fait-on lorsque c'est l'enfant qui refuse de se soumettre au test ADN ? Dans la décision d'irrecevabilité *I.L.V. c/ Roumanie* du 24 août 2010¹⁹⁴³ concernant la contestation de paternité par le père légal, la Cour européenne estime que l'enfant, plus qu'un adulte, doit avoir la possibilité de refuser de se soumettre à une expertise génétique. Ainsi, selon sa propre formulation, « la Cour rappelle qu'elle a déjà jugé que 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. Et cela, d'autant plus que, comme en l'espèce le tiers en question est une enfant bénéficiant d'une filiation légitime de longue date »¹⁹⁴⁴. Dans cette affaire, la Cour a considéré que le refus de l'enfant, combiné à la protection de la sécurité juridique avaient pour résultat de ne pas obliger l'Etat de permettre au père légal de mettre en accord la réalité juridique avec celle de la biologie. La Cour semble ainsi admettre que l'enfant peut refuser de vérifier un fait biologique de ses origines. Toutefois, dans l'arrêt *Mandet c/ France* du 16 juin

¹⁹⁴¹ *Canonne c/ France*, préc., § 28.

¹⁹⁴² *Ibid.*, §§ 33.

¹⁹⁴³ *I.L.V. c/ Roumanie* du 24 août 2010, req. n° 4901/04.

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*, § 42.

2011¹⁹⁴⁵ concernant l'action engagée par le père biologique prétendu, en annulation d'une reconnaissance de paternité et en établissement de la filiation biologique, la Cour a validé l'argument des juridictions internes selon lequel même si l'enfant considérait son père légal comme son père et avait noué des liens affectifs très forts avec lui, « son intérêt étant avant tout de connaître la vérité sur ses origines »¹⁹⁴⁶. Selon la Cour, « les décisions [des juridictions internes] ne reviennent pas à faire indûment prévaloir l'intérêt du père biologique sur celui de l'enfant mais à considérer que l'intérêt de l'enfant et du père biologique se rejoignent en partie »¹⁹⁴⁷. La question qui se pose ici est de connaître la position de la Cour dans l'arrêt *Mandet*. On peut penser que la Cour se contente, tout simplement, d'octroyer une certaine marge d'appréciation à l'Etat et de valider la position adoptée par l'Etat requis¹⁹⁴⁸. Toutefois, selon professeur Cheynet de Beaupré, la Cour européenne semble choisir manifestement de promouvoir le biologique et en s'appuyant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, de poser comme un devoir, la connaissance de ses origines¹⁹⁴⁹.

671 Père biologique placé sous protection judiciaire. La Cour condamne la France dans l'affaire *Pascaud c/ France* du 16 juin 2011¹⁹⁵⁰, en raison du refus injustifié d'établir la véritable filiation d'un homme à l'égard de son père biologique. L'impossibilité pour le requérant de faire établir en justice sa véritable filiation est due au fait qu'au moment des tests ADN, son père biologique était placé sous protection judiciaire. En l'espèce, les résultats de l'expertise avaient été déclarés irrecevables par les juridictions françaises en raison du placement sous sauvegarde de justice du père prétendu qui avait consenti à la mesure. Selon les juges internes, le requérant avait essayé d'abuser de la faiblesse de son père. Le requérant n'a pu donc faire établir sa filiation biologique, malgré l'existence d'une preuve biologique. Dans ces conditions, la Cour européenne a estimé que « la mesure de sauvegarde de justice ne privait

¹⁹⁴⁵ *Mandet c/ France* du 14 janvier 2016, req. n° 30955/12 : *Gaz. Pal* 2016, n° 15, p. 82, obs. I. Rein-Lescastereyres ; *JCP G* 2016, n° 11, p. 524, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2016, n° 3, p.43, obs. H. Fulchiron ; *RJPF* 2016, n° 3, p. 34, obs. A. Cheynet de Beaupré.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*, § 56.

¹⁹⁴⁷ *Ibid.*, § 57 ; Pour le développement sur cette question, voir *Infra*.

¹⁹⁴⁸ Dans ce sens, H. Fulchiron, « Droits de l'enfant, droit du père légal, droit du père biologique : droits opposés ou intérêts partiellement convergents ? », *Dr. fam.* 2006, n° 3, p. 43.

¹⁹⁴⁹ A. Cheynet de Beaupré, « Filiation réelle : le devoir de connaître ses origines », *RJPF* 2016, n° 3, p. 34.

¹⁹⁵⁰ *Pascaud c/ France* du 16 juin 2011, req. n°19535/08 : *JCP G* 2011, act. 797, obs. L. Milano ; *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire ; *LPA* 2012, n° 138, p. 7, obs. C. Pomart-Nomdédéo ; *D.* 2012, n° 22, p. 1432, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Revue des droits et libertés fondamentales* 2011-16, obs. G. Vial ; *RJPF* 2011-10, p. 27, obs. T. Garé.

nullement [le père prétendu] du droit de consentir personnellement à un prélèvement ADN et que celui-ci avait exprimé auprès des autorités la volonté de reconnaître le requérant »¹⁹⁵¹. Elle a noté également que « ni la réalisation ni la fiabilité de l'expertise génétique qui concluait à une probabilité de paternité de 99,999 % de W.A. sur le requérant n'ont jamais été contestées devant les juridictions internes »¹⁹⁵².

B. L'accès à l'expertise biologique *post-mortem*

672 Ingérence relativement peu intrusive. En matière de l'accès à l'expertise biologique *post-mortem*, la Cour européenne dans l'affaire *Jäggi c/ Suisse* du 13 juillet 2006¹⁹⁵³, qualifiant de « vital » le droit de connaître ses origines¹⁹⁵⁴ et estimant qu'un prélèvement d'ADN constitue « une ingérence relativement peu intrusive »¹⁹⁵⁵, semble accorder beaucoup de poids au droit de l'enfant à connaître son ascendance par rapport au droit des tiers à l'intangibilité du corps du défunt, le droit au respect des morts ainsi que l'intérêt public à la protection de la sécurité juridique. En l'espèce, le refus des autorités suisses d'ordonner l'exhumation du corps du père présumé du requérant afin de procéder à des analyses d'ADN a été analysé comme une violation du droit au respect de la vie privée garanti à l'article 8 de la Convention européenne. La réponse de la Cour, a été rendue à la majorité de cinq voix contre deux. L'opinion dissidente du juge Hedigan, à laquelle s'est jointe la juge Gyulumyan, dénonce le caractère excessif de l'ampleur du contrôle exercé par la Cour compte tenu du respect dû aux juridictions internes en vertu du principe de subsidiarité¹⁹⁵⁶.

673 Mise en balance des intérêts. En soulignant l'importance de connaître ses origines, la Cour, face à l'opposition de la famille biologique du père prétendu, a considéré que l'intérêt du requérant est plus déterminant que ceux des tiers. En ce qui concerne l'intangibilité du corps du défunt et le droit au respect des morts, la Cour a relevé que la famille ne s'est pas opposée à cette mesure pour des raisons d'ordre philosophique ou religieux. Sur ce point, « on peut se demander si la solution aurait été la même si la famille avait invoqué des motifs d'ordre religieux et philosophique pour

¹⁹⁵¹ *Pascaud c/ France*, préc., § 66.

¹⁹⁵² *Ibid.*

¹⁹⁵³ *Jäggi c/ Suisse* du 13 juillet 2006, req. n° 58757/00 : *RTD civ.* 2006, n° 4, p. 727, note J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 2007, n° 13, p. 21, obs. Ch. Byk ; *JDI* 2007, n° 2007-2, p. 719, obs. C. Renaut ; *JCP A* 2006, 1300, chron. n° 13, obs. O. Dubos.

¹⁹⁵⁴ *Ibid.*, § 38.

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*, § 41.

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*, l'opinion dissidente du juge Hedigan.

motiver le refus d'exhumation »¹⁹⁵⁷. Elle a également estimé qu'un prélèvement d'ADN ne saurait faire obstacle au droit de reposer en paix, qui ne bénéficie d'ailleurs que d'une protection temporaire compte tenu du régime des concessions funéraires¹⁹⁵⁸. S'agissant de l'intérêt public de la protection de la sécurité juridique, elle a estimé que le droit à la sécurité juridique ne saurait priver le requérant de son droit à connaître ses origines puisque l'établissement de la paternité éventuelle serait sans conséquence juridique véritable (pas d'inscription juridique à l'état civil et pas d'enjeu quant à la succession)¹⁹⁵⁹. La question qui se pose ici est de savoir si la Cour retiendrait la même solution « dans le cas où le même type de demande serait essentiellement dicté par des intérêts patrimoniaux qui auraient réussi à percer la carapace des convenances procédurales »¹⁹⁶⁰. Par ailleurs, en ce qui concerne le respect de la vie privée du défunt lui-même, la Cour a relevé que le défunt dont l'ADN devait être prélevé ne pouvait être atteint dans sa vie privée d'un tel prélèvement intervenant après sa mort¹⁹⁶¹.

674 Absence de consentement du père prétendu exprimé de son vivant. Si dans l'arrêt *Jäggi c/ Suisse*, la Cour a considéré que, le prélèvement d'ADN sur le défunt à exhumer ne porte pas atteinte à la vie privée du défunt, on peut se demander ce qu'elle aurait décidé en cas de l'opposition du père présumé manifesté de son vivant ou en cas de l'absence de consentement de celui-ci. En effet, l'article 16-11, alinéa 5 du Code civil français interdit les expertises génétiques *post-mortem* à défaut d'accord de l'intéressé de son vivant. Cette prohibition d'ordre public ne laisse depuis la réforme issue de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 aucun pouvoir d'appréciation des juges du fond¹⁹⁶². Dans l'affaire *Pascaud c/ France* du 16 juin 2011¹⁹⁶³, le Gouvernement français a essayé de démontrer que le régime français avait pour but légitime « la nécessité de protéger la sécurité juridique et d'assurer le respect du droit des tiers, en particulier celui d'être consentant à une expertise génétique »¹⁹⁶⁴. Toutefois, ce régime n'a pas été jugé proportionné par la Cour européenne qui a ainsi reproché à la France

¹⁹⁵⁷ F. Sudre, « Europe » *JCP A* 2006, n° 50, 1300.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁹⁵⁹ *Jäggi c/ Suisse*, préc., § 43.

¹⁹⁶⁰ J.-P. Marguénaud, « L'ADN se ramasse à la pelle... », *RTD civ.* 2006, p. 727.

¹⁹⁶¹ *Jäggi c/ Suisse*, préc., § 42 ; dans le même sens, *Succession Kresten Filtenborg Mortensen c/ Danemark* du 15 mai 2006, req. n° 1338/03.

¹⁹⁶² Ce régime est jugé conforme à la Constitution. (Conseil Constitutionnel, décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011.

¹⁹⁶³ *Pascaud c/ France*, préc.

¹⁹⁶⁴ *Ibid.*, § 58.

d'avoir « donné plus de poids aux droits et intérêts du père présumé qu'au droit du requérant à connaître ses origines »¹⁹⁶⁵. Ecartant la protection de l'intérêt général car le père prétendu n'avait pas de famille connue selon les autorités¹⁹⁶⁶, la Cour a estimé que « la protection des intérêts du père présumé ne saurait constituer à elle seule un argument suffisant pour priver le requérant de ses droits au regard de l'article 8 de la Convention »¹⁹⁶⁷. Par conséquent, la Cour européenne a jugé que le droit au respect de la vie privée du requérant a été violé car, après avoir invalidé l'expertise génétique faite lorsque le père était vivant, le droit interne ne lui offrait pas la possibilité de demander une nouvelle expertise ADN sur la dépouille du père présumé (le défunt n'ayant pas de son vivant expressément donné son consentement selon la Cour d'appel, il lui aurait fallu recueillir l'accord de sa famille ; or, il n'en avait aucune)¹⁹⁶⁸. Dans le cas d'espèce, on pouvait pas nier que la demande du requérant de faire établir le lien de filiation avec son père prétendu n'était pas pour partie dictée par des intérêts patrimoniaux, celui-ci, à son décès, était propriétaire d'un domaine viticole finalement légué à la commune de Saint-Emilion. Toutefois, l'intérêt public de la protection de la sécurité juridique ne pouvait pas être soulevé, la Cour soulignant que la décision des juridictions internes était « d'autant moins admissible que, à son décès, [le père prétendu] n'avait plus aucune famille connue »¹⁹⁶⁹. La solution pourrait donc être différente lorsque le défunt a une famille connue.

675 **Connaissance de « grand-paternité ».** La décision d'irrecevabilité *Menendez Garcia c/ Espagne* du 5 mai 2009¹⁹⁷⁰ soulève une question différente. En l'espèce, la requérante se plaignait du refus de sa demande de reconnaissance de la paternité du géniteur de son père, tous les deux décédés, afin d'établir son lien de filiation avec son grand-père. Elle a sollicité l'exhumation du corps de ce dernier et la pratique d'analyse ADN afin de clarifier l'existence du lien de paternité entre les deux hommes. Les juges internes ont rejeté la requête en raison du manque de légitimation de la requérante, ni la législation applicable lors des décès de son père et de son grand-père présumé, ni celle en vigueur au moment de l'introduction de la requête ne prévoyant cette possibilité.

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*, § 65.

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*, § 61.

¹⁹⁶⁷ *Pascaud c/ France*, préc., § 64.

¹⁹⁶⁸ *Pascaud c/ France*, préc., § 67.

¹⁹⁶⁹ *Ibid.*, § 68.

¹⁹⁷⁰ *Menendez Garcia c/ Espagne* du 5 mai 2009, req. n° 21046/07 : *RTD civ.* 2009, p. 679, obs. J.-P. Marguénaud.

Selon la législation applicable, l'action en réclamation de la filiation correspondait exclusivement à l'enfant, les héritiers de ce dernier étant légitimes seulement s'il était décédé mineur ou juridiquement incapable. S'agissant de sa demande à être reconnue comme petite-fille de son grand-père présumé, celle-ci ne pouvait être admise, faute de reconnaissance de la filiation de son père. Devant la Cour européenne, la requérante a estimé que les décisions internes l'ont privée de son droit à enquêter sur son ascendance biologique, partie intégrant des garanties prévues à l'article 8 de la Convention. Déclarant que l'article 8 est applicable dans le cas d'espèce car le refus des juridictions internes ont eu une incidence sur la vie privée de la requérante, la Cour européenne admet que, même si la requérante a l'intérêt à agir dans la connaissance de l'identité, cet intérêt varie en fonction du degré de proximité des ascendants. En effet, alors qu'il convient de lui accorder la plus haute importance s'agissant des ascendants directs, à savoir les parents, son poids en relation avec d'autres intérêts diminue en fonction de l'éloignement dans le degré de parenté.

676 Proportionnalité de l'action. Il appartient ainsi à chaque Etat de ménager son ordre juridique interne en utilisant la marge d'appréciation dont il dispose pour pondérer les intérêts en conflit dans chaque cas d'espèce. Dans l'affaire *Menendez Garcia*, la Cour a estimé, à juste titre, que l'Etat peut réglementer des conditions d'octroi de la capacité pour agir dans les demandes de reconnaissance de paternité. Par conséquent, ni le refus d'accorder la capacité pour agir à la requérante aux fins de solliciter la déclaration de filiation de son père vis-à-vis de son grand-père présumé, ni l'absence d'une action directe permettant de reconnaître cette relation ne peuvent être considérés comme disproportionnés ou arbitraires à la lumière des intérêts en jeu et de l'impact réduit de cette relation pour la vie privée de la requérante. L'intérêt de la requérante devait s'incliner face à la protection des droits de la famille de son grand-père présumé et de la sécurité juridique, d'autant plus que, de leur vivant, aucun des deux intéressés n'avait manifesté une quelconque intention d'entamer des recherches pour établir la filiation de la requérante.

Section 2 : La filiation

677 Intérêt de l'enfant. La consécration du lien de filiation biologique de l'enfant semble être, dans la majeure partie des hypothèses, conforme à son intérêt. Mais la filiation est très complexe car il ne s'agit pas seulement des données purement biologiques, la filiation reflète également une réalité. Selon le Professeur Murat, il s'agit d'une « réalité impossible à atteindre tant qu'elle est réductible à des données simples et naturellement convergentes, tant les approches psychologiques, sociologiques, anthropologiques, juridiques... paraissent insister sur des points différents »¹⁹⁷¹. En matière de consécration du lien de filiation, l'intérêt de l'enfant n'est pas seulement un simple critère de décision, mais il traduit également l'évolution de la société, la différence culturelle, le progrès de la science, la volonté des personnes concernées, etc.

678 Evolution. Aujourd'hui, on assiste à un recul du mariage comme modèle de vie en famille et à une augmentation des naissances hors mariage ainsi que l'acceptation de celles-ci. Le changement de mentalité, ainsi que le progrès de la science permettant de connaître la vérité biologique avec certitude font évoluer les principes généraux applicables dans le domaine de la filiation tant dans son établissement (§ 1) et dans la contestation de celle-ci (§2).

§ 1 : L'établissement de la filiation

679 Egalité relative. Depuis l'arrêt *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979¹⁹⁷², la Cour européenne consacre le principe de l'égalité des enfants dans l'établissement de la filiation¹⁹⁷³. Autrement dit, le droit d'établir sa filiation doit bénéficier à tous les enfants, légitimes ou naturels¹⁹⁷⁴. Mais elle précise que le principe d'égalité entre les enfants légitimes et naturels n'a pas la même portée selon qu'il s'agisse d'établir la filiation maternelle ou paternelle.

¹⁹⁷¹ Voir notamment, 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*, F. Sudre (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 161.

¹⁹⁷² *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979, série A, n° 31 : *GACEDH* n° 51, *JT* 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *AFDI* 1980, 317, obs. Pelloux ; *JDI* 1982, 183, obs. P. Rolland.

¹⁹⁷³ *Marckx c/ Belgique*, préc., § 31.

¹⁹⁷⁴ *GACEDH*, n° 54.

680 Filiation maternelle. L'arrêt *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979 consacre le principe *mater semper certa est* (la mère est toujours certaine) en vertu duquel l'établissement de la filiation maternelle doit être le résultat de la déclaration de la naissance. En l'occurrence, la Cour a condamné la Belgique pour avoir imposé un système différent de l'établissement du lien de filiation maternelle selon qu'il s'agisse de la filiation maternelle naturelle ou légitime¹⁹⁷⁵. Selon la Cour, « en agissant de manière à permettre le développement normal de la vie familiale d'une mère célibataire et de son enfant, l'Etat doit se garder de toute discrimination fondée sur la naissance : ainsi le veut l'article 14 combiné avec l'article 8 »¹⁹⁷⁶.

681 Filiation paternelle. L'établissement de la filiation paternelle respect aux règles différentes de celles régissant la filiation maternelle en raison de l'incertitude de cette filiation. De plus, il faut également distinguer entre l'hypothèse dans laquelle la demande d'établissement de la filiation paternelle provient du père biologique (A.) et l'hypothèse dans laquelle cette demande provient de l'enfant (B.).

A. L'établissement de la filiation paternelle par le père biologique

682 Distinction. Lorsque la demande d'établir la filiation paternelle provient du père biologique de l'enfant, sa demande n'a pas la même chance de succès lorsque l'enfant n'a pas de filiation légale établie (1°) et lorsqu'il a déjà une filiation légale établie à l'égard d'un autre homme (2°).

1° L'enfant n'ayant pas de filiation légale établie

683 Obligation positive. Selon la Cour européenne, à l'engagement négatif de ne pas s'immiscer dans le droit au respect de la vie familiale « peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale »¹⁹⁷⁷. Il en résulte que l'Etat, « en fixant dans son ordre juridique interne le régime applicable à certains liens de famille [...], doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale »¹⁹⁷⁸. En matière de la filiation, « le respect de la vie familiale

¹⁹⁷⁵ En droit belge, aucun lien de filiation entre mère célibataire et son enfant ne résultait de l'accouchement à lui seul ; tandis que l'acte de naissance inscrit au registre de l'état civil suffisait à prouver la filiation maternelle des enfants d'une femme mariée, celle d'un enfant « naturel » s'établissait au moyen soit d'une reconnaissance volontaire par la mère, soit d'une action en recherche de maternité.

¹⁹⁷⁶ *Marckx c/ Belgique*, préc., § 34.

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁹⁷⁸ *Ibid.*

implique en particulier [...], l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille »¹⁹⁷⁹.

684 Position voisine. Dans la logique de l'arrêt *Marckx*, la Cour européenne considère également que l'Etat est tenu de faciliter l'établissement de la filiation naturelle paternelle. C'est pourquoi elle a condamné l'Irlande, dans l'affaire *Johnston et autres c/ Irlande* du 18 décembre 1986¹⁹⁸⁰, car en raison du mariage indissoluble antérieur du requérant, un père naturel, celui-ci se retrouvait dans l'impossibilité d'établir la filiation paternelle à l'égard de son enfant. Toutefois, selon la Cour européenne, si les enfants bénéficient d'une égalité absolue dans l'établissement de la filiation maternelle, cette égalité n'est que relative dans l'établissement de la filiation paternelle. La Cour a donc estimé dans l'affaire *Johnston et autres*, que le développement normal des liens familiaux entre les parents et leur fille naturelle exige que « cette dernière soit placée, juridiquement et socialement, dans une position voisine de celle d'un enfant légitime »¹⁹⁸¹. Par conséquent, la Cour accepte que le mode d'établissement de la filiation paternelle naturelle puisse être différent, voire moins favorable, que celui de l'établissement de la filiation paternelle légitime. Par exemple, il existe en France la présomption de paternité seulement en faveur des enfants nés en mariage. Cette égalité relative se justifie par le fait que la paternité ne jouit pas de la certitude biologique absolue de la maternité et par le fait que dans le cas d'une naissance hors mariage, l'enfant entre dans une configuration familiale ne présentant pas la stabilité et la sûreté du mariage.

685 Autorisation préalable de la mère de l'enfant. La Cour européenne ne condamne pas en soi une loi soumettant l'établissement du lien de filiation paternelle naturelle à l'autorisation préalable de la mère de l'enfant, à condition que le père naturel puisse faire examiner sa demande en vue d'établir la filiation par un tribunal. Dans l'affaire *Yousef c/ Pays-Bas* du 5 février 2003¹⁹⁸², le père d'un enfant naturel confié par sa mère avant son décès à son oncle, était dans l'impossibilité d'établir sa filiation avec l'enfant. Devant la Cour européenne, il se plaignait que l'impossibilité de reconnaître l'enfant venait du droit positif néerlandais en vigueur à l'époque des faits prévoyant que la reconnaissance de l'enfant né hors mariage par le père naturel n'était possible que si

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁹⁸⁰ *Johnston et autres c/ Irlande* du 18 décembre 1986 : *AFDI* 1987, 239, obs. V. Coussirat-Coustère.

¹⁹⁸¹ *Ibid.*, § 74.

¹⁹⁸² *Yousef c/ Pays-Bas* du 5 février 2003, req. n° 33711/96.

sa mère avait donné au préalable et par écrit son autorisation. Statuant sous l'angle du droit au respect de la vie familiale du père naturel, la Cour européenne n'a pas condamné le Pays-Bas. En l'espèce, le père a eu l'occasion de faire examiner sa demande par un tribunal et celui-ci était en droit d'estimer qu'en l'espèce, l'intérêt de l'enfant était de grandir dans la famille au sein de laquelle elle avait toujours vécu depuis le décès de sa mère et de ne pas voir sa situation bouleversée par le souhait de son père d'établir sa paternité juridique. Dans cet arrêt, la Cour a souligné que « lorsque sont en jeu les droits garantis aux parents par l'article 8 et ceux d'un enfant, les cours et tribunaux doivent attacher la plus grande importance aux droits de l'enfant. Lorsqu'une mise en balance des intérêts s'impose, il y a lieu de faire prévaloir les intérêts de l'enfant »¹⁹⁸³. A l'inverse, dans l'affaire *Rozanski c/ Pologne* du 18 mai 2006¹⁹⁸⁴, la Cour a condamné la Pologne car en l'absence de consentement de la mère de l'enfant, le père biologique prétendu n'avait pas de possibilité d'engager une action en vue d'établir sa paternité, cette action étant réservée à l'enfant, à sa mère et au procureur de la République¹⁹⁸⁵. En l'espèce, la Cour a considéré que le lien du requérant, qui vivait avec l'enfant pendant deux ans après la naissance de celui-ci, était suffisamment établi dans les faits pour pouvoir entrer dans la notion de la vie familiale, au sens de l'article 8, ce qui commandait une obligation d'intégration juridique de l'enfant dans sa famille¹⁹⁸⁶.

2° L'enfant ayant une filiation légale établie

686 **Appréciation concrète des faits.** L'établissement de la filiation paternelle par le père biologique peut, dans certaines hypothèses, impliquer la remise en cause la filiation légale déjà établie à l'égard de l'enfant. Ce que la Cour européenne exige des juridictions nationales est de motiver leurs décisions au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le choix de faire prévaloir la filiation d'une personne au détriment de l'autre doit résulter d'une appréciation concrète des faits. Ainsi, elle a estimé dans l'affaire *Rozanski c/ Pologne* du 18 mai 2006¹⁹⁸⁷, que si les tribunaux étaient en droit de penser que la contestation de la filiation pouvait bouleverser la situation juridique entre l'enfant

¹⁹⁸³ *Ibid.*, § 73.

¹⁹⁸⁴ *Rozanski c/ Pologne* du 18 mai 2006, req. n° 55339/00 : *RLDC* 2006, n° 33, p. 33, obs. J. Flauss-Diem.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*, §§ 42 et 68.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, §§ 63 à 65.

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*

et son père légal¹⁹⁸⁸, ils ne pouvaient pas rejeter l'action du père biologique en se fondant sur le simple fait que l'enfant avait déjà été légalement reconnu par un autre homme¹⁹⁸⁹. Ce que la Cour a sanctionné, c'était l'absence de l'appréciation concrète de l'intérêt de l'enfant en démontrant notamment l'effectivité de la vie familiale entre celui-ci et son père légal. A l'inverse, dans l'affaire *Kristian Barnabas Toth c/ Hongrie* du 12 février 2013¹⁹⁹⁰, la Cour a considéré que, contrairement à l'affaire *Rozanski*, il y avait bien une appréciation concrète des fait dans le cas d'espèce montrant que l'enfant développait un lien affectif avec sa famille légale, empêchant donc la contestation de la filiation légale par le père biologique¹⁹⁹¹.

687 Evolution de la jurisprudence. Dans la mise en balance des intérêts, les juridictions nationales doivent ainsi prendre en compte la vérité biologique, le statut juridique et également la réalité sociale et affective. Si, dans la jurisprudence antérieure, la Cour semblait imposer aux Etats une obligation positive consistant à consacrer la filiation biologique lorsque celle-ci est corroborée par la réalité affective (a.), dans sa jurisprudence récente, elle semble prendre du recul en laissant aux Etats une plus large marge d'appréciation pour décider en la matière (b.).

a. L'obligation positive originaire d'établir la filiation biologique en cas de concordance entre la réalité biologique et la réalité sociale

688 Principes. Dans l'affaire *Kroon et autres c/ Pays-Bas* du 27 octobre 1994¹⁹⁹², la Cour a rappelé que d'après les principes se dégageant de la jurisprudence de la Cour, « là où existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établi, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille »¹⁹⁹³. Par conséquent, la Cour a posé le principe selon lequel « le “respect” de la “vie familiale” exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*, § 78.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*, §§ 78 à 80.

¹⁹⁹⁰ *Kristian Barnabas Toth c/ Hongrie* du 12 février 2013, req. n° 48494/06.

¹⁹⁹¹ *Ibid.*, § 35 : En l'espèce, il s'agit de la famille adoptive de l'enfant.

¹⁹⁹² *Kroon et autres c/ Pays-Bas* du 27 octobre 1994, req. n° 18535/91, § 40 : *JCP G* 1995, I, 3823, obs. F. Sudre.

¹⁹⁹³ *Ibid.*, § 32.

des personnes concernées, sans réellement profiter à personne»¹⁹⁹⁴. Aux yeux de la Cour, c'était l'effectivité des liens entre le père biologique et son enfant qui jouait un rôle décisif dans l'établissement de la filiation paternelle biologique. Ainsi, il pesait sur les Etats une obligation positive d'établir cette filiation lorsque la vérité biologique était corroborée par la relation affective. A l'inverse, lorsque l'enfant entretenait une relation affective avec son père légal, mais pas avec son père biologique, l'intérêt de l'enfant comme la sécurité juridique pouvaient justifier le refus de remettre en cause la filiation légale pour la remplacer par la filiation biologique¹⁹⁹⁵.

689 Réalité du lien. L'affaire *Kroon et autres c/ Pays-Bas*¹⁹⁹⁶ concerne l'impossibilité légale pour une femme mariée de contester la paternité de son mari sur son enfant en vue de permettre une reconnaissance par le père biologique. En l'espèce, Mme Kroon vivait séparée de son mari et perdit le contact avec lui en 1980. Elle entretenait une relation stable avec un autre homme dont naquit son enfant. Celui-ci fut inscrit au registre des naissances comme fils de Mme Kroon et de son mari. Après la naissance de son enfant, Mme Kroon a réussi à obtenir le divorce mais elle était dans l'impossibilité de faire reconnaître son enfant par son père biologique. Selon la législation néerlandaise en vigueur à l'époque des faits, un autre homme ne pouvait agir en reconnaissance d'un enfant né pendant le mariage tant que le mari n'agissait pas en désaveu de paternité, et ce malgré les réalités biologiques officiellement reconnues. Estimant qu'un enfant issu d'une cohabitation hors mariage de ses parents « s'insère de plein droit dans cette "cellule familiale" dès sa naissance et par le fait même de celle-ci », la Cour a considéré qu'en l'espèce, il existe un lien s'analysant en une vie familiale entre l'enfant et son père biologique¹⁹⁹⁷. Statuant donc sous l'angle du droit au respect de la vie familiale¹⁹⁹⁸, la Cour a estimé qu'il pesait sur les autorités compétentes une obligation positive d'autoriser aussi rapidement que possible la formation des liens familiaux légaux complets entre le père biologique et son fils¹⁹⁹⁹. Selon la Cour, l'impossibilité de contester la paternité du mari, malgré la réalité biologique et sociale

¹⁹⁹⁴ *Ibid.*, § 40.

¹⁹⁹⁵ Voir C. Desnoyer, « La place de la vérité biologique dans la jurisprudence européenne relative à l'article 8 de la CEDH en matière de filiation charnelle », in *Mélange Dekeuwer-Défossez Françoise*, Montchrestien, 2012, p. 55.

¹⁹⁹⁶ *Kroon et autres c/ Pays-Bas*, préc.,

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*, § 30.

¹⁹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹⁹ *Ibid.*, § 36.

n'était pas compatible avec le respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention²⁰⁰⁰.

690 **Enfant mort-né.** Dans le même sens, dans l'affaire *Znamenskaya c/ Russie* du 2 juin 2005²⁰⁰¹, la Cour européenne a estimé que le refus d'enregistrer la paternité du père biologique incontestée d'un enfant mort-né, constituait une violation de l'article 8 de la Convention. En l'espèce, l'ex-mari de la mère de l'enfant (la requérante) dont elle était divorcée, a été inscrit sur l'acte de naissance et le registre des naissances comme le père de son enfant mort-né en raison de la présomption légale lui attribuant la paternité de l'enfant. La requérante a affirmé que le père biologique était un autre homme dont elle partageait la vie depuis trois ans et se plaignait essentiellement de l'impossibilité d'obtenir la modification du nom et prénom de son enfant de manière à traduire l'existence du lien biologique qui le rattachait à son père biologique. La Cour a souligné que l'existence d'une relation entre la mère et le père de l'enfant n'était pas contestée. Il en était de même de la paternité de ce dernier. Par conséquent, en faisant référence à l'arrêt *Kroon*, elle a considéré incompatible avec l'obligation de garantir le respect effectif de la vie privée et familiale, le fait de faire prévaloir une présomption légale sur une réalité biologique et sociale sans tenir compte des faits établis et des attentes des personnes concernées et sans que la décision ait réellement profité à quiconque²⁰⁰². Par ailleurs, elle a relevé que l'enfant étant mort-né, l'établissement de sa paternité n'imposait à personne une obligation durable d'entretien.

691 **Absence de relation affective.** Estimant que la décision de faire prévaloir la réalité familiale existante entre l'enfant et ses parents légaux par rapport à la relation entre l'enfant et le père biologique, relevait pour ce qui est du statut juridique, de la marge d'appréciation de l'Etat, la Cour s'est prononcée en faveur de la sécurité juridique en l'absence de l'effectivité de la vie familiale entre l'enfant et son père biologique. La décision d'irrecevabilité *Nylund c/ Finlande* du 29 juin 1999²⁰⁰³, concerne l'impossibilité pour le père biologique prétendu d'engager une action en justice en vue de déterminer s'il était ou non le père biologique de l'enfant. L'obstacle de son action venait de l'existence de la présomption légale de paternité légitime. En

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, § 40.

²⁰⁰¹ *Znamenskaya c/ Russie* du 2 juin 2005, req. n° 77785/01 : *RTD civ.* 2005, n° 4, p. 737, obs. J.-P. Marguénaud.

²⁰⁰² *Znamenskaya c/ Russie*, préc., § 31.

²⁰⁰³ *Nylund c/ Finlande* du 29 juin 1999, req. n° 27110/95.

l'espèce, le requérant avait une liaison avec la mère de l'enfant et cohabita avec elle pendant quelques mois. Il prétendait que cette dernière était tombée enceinte pendant qu'ils vivaient ensemble et étaient fiancés. Quelques mois après la fin de leur vie commune, la mère de l'enfant épousa un autre homme et elle donna naissance à une fille par la suite. Soulignant que le requérant n'a jamais vu l'enfant ni formé un lien affectif quelconque avec elle, la Cour a estimé que le lien entre ces deux personnes constituait une base insuffisante pour que la relation alléguée puisse relever de la notion de vie familiale. La Cour a donc examiné l'affaire sous l'angle de la vie privée car il s'agissait de déterminer le régime juridique des relations du requérant avec sa fille putative. Insistant sur l'absence de relation affective entre le requérant et son enfant et sur le fait que la mère de l'enfant et son mari s'opposaient à l'action en contestation de paternité, la Cour a relevé que les tribunaux internes étaient en droit de donner plus de poids aux intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle il vivait qu'à ceux d'un demandeur cherchant à faire établir un fait biologique, l'établissement d'un tel fait sans le consentement des parents de l'enfant pouvant perturber les relations dans la famille de celle-ci. Selon la Cour, les Etats avaient des raisons tenant à la sécurité des rapports juridiques et familiaux pour appliquer une présomption générale selon laquelle un homme marié était réputé être le père de l'enfant de son épouse. Par ailleurs, elle a noté que l'enfant pourrait décider elle-même, lorsqu'elle aurait atteint l'âge de quinze ans, s'il était ou non dans son intérêt d'engager une procédure en recherche de paternité.

b. L'absence postérieure d'obligation positive d'établir la filiation biologique en cas de concordance entre la réalité biologique et la réalité sociale

692 **Elargissement de la marge d'appréciation de l'Etat.** Rappelant les principes généraux dégagés depuis l'arrêt *Kroon et autres c/ Pays-Bas* selon lesquelles « le “respect” de la “vie familiale” exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne »²⁰⁰⁴, la Cour européenne, depuis l'affaire *Chavdarov c/ Bulgarie* du 21 décembre 2010²⁰⁰⁵, souhaite élargir la marge d'appréciation des Etats. Ainsi elle précise que dans la réglementation des relations de

²⁰⁰⁴ *Kroon et autres c/ Pays-Bas*, préc., § 40.

²⁰⁰⁵ *Chavdarov c/ Bulgarie* du 21 décembre 2010, req. n° 3465/03 : *JDI* 2011, n° 2011-4, p. 1345, obs. D. Lachal.

filiation, il n'existe pas de consensus à l'échelle européenne sur le point de savoir si la législation interne devait permettre au père biologique de contester la présomption de paternité du mari²⁰⁰⁶. Par conséquent, les Etats jouissent d'une ample marge d'appréciation en ce qui concerne les règles permettant de déterminer le statut juridique d'un enfant²⁰⁰⁷. Par ailleurs, la Cour considère que « dans le processus de réglementation dans le domaine de la filiation paternelle et du renversement de celle-ci, les choix du législateur national entre telle et telle solution sont délicats à opérer et qu'ils peuvent être influencés par des considérations d'ordre différent – moral, éthique, social ou religieux »²⁰⁰⁸. De plus, elle estime que l'intérêt de l'enfant ne doit pas être apprécié de la même manière dans le cadre d'une action concernant la relation parent-enfant et dans le cadre d'une action concernant le statut juridique du mineur et que si les Etats sont tenus de rechercher s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de permettre au père biologique de nouer une relation avec celui-ci, par exemple en accordant un droit de visite, cela n'implique pas nécessairement une obligation fondée sur la Convention d'autoriser le père biologique à contester le statut du père légal²⁰⁰⁹. La Cour reconnaît également que la marge d'appréciation des Etats est importante lorsqu'il s'agit de mettre en balance les droits fondamentaux concurrents de deux individus²⁰¹⁰.

693 Acceptation de solutions divergentes. Le changement de position de la Cour européenne a pour résultat d'accepter que les solutions différentes, voire complètement opposées, que les Etats souhaitent apporter aux problèmes en ce domaine, peuvent toutes être conformes aux exigences de la Convention. Depuis l'arrêt *Chavdarov*, il semble que la Cour se contente de valider les solutions des Etats membres, qu'il s'agisse d'une solution plutôt classique ou d'une solution très originale. Ainsi, elle considère que l'article 8 n'impose pas à l'Etat partie d'autoriser le père biologique à contester le statut du père légal, et ce en l'absence de la vie familiale effective entre l'enfant et son père biologique comme dans les affaires *Ahren* et *Kautzor c/ Allemagne*

²⁰⁰⁶ *Ibid.*, § 47 : La Cour observe que, selon l'étude comparative qu'elle a menée, la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe autorisent le père biologique présumé à contester la paternité légale d'un autre homme, même lorsque le père légal vit avec l'enfant dans le cadre d'une relation sociale et familiale. Cependant, dans une minorité non négligeable de neuf Etats membres, le père biologique présumé n'a pas le droit de contester la paternité du père légal.

²⁰⁰⁷ *Chavdarov c/ Bulgarie*, préc., § 47.

²⁰⁰⁸ *Ibid.*, § 46.

²⁰⁰⁹ *Ahren c/ Allemagne* du 22 mars 2012, req. n° 45071/09, § 74 ; *Kautzor c/ Allemagne* du 22 mars 2012, req. n° 23338/09 : *JCP G* 2012, n° 35, p. 1531, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2012, n° 5, p. 25, obs. M. Bruggman ; *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire

²⁰¹⁰ *Ibid.*, § 68.

du 22 mars 2012²⁰¹¹, ou même lorsqu'ils vivent ensemble comme dans l'affaire *Chavdarov c/ Bulgarie* du 21 décembre 2010²⁰¹². Toutefois, dans l'affaire *Mandet c/ France* du 16 juin 2011²⁰¹³, la Cour européenne a approuvé les juges français dans leur choix de faire prévaloir la filiation biologique au détriment de la filiation légale et affective, et ce même lorsque c'était contraire à la volonté des parents légaux et de l'enfant. En l'espèce, le père biologique, dont il semblait qu'il ait entretenu des relations avec l'enfant pendant ses premières années, avant en être selon lui, privé par la mère, avait demandé et obtenu que la reconnaissance de paternité du mari de la mère soit annulée, que la qualité du père lui soit reconnue, que l'enfant reprennent le seul nom de sa mère, et qu'un droit de visite et d'hébergement, néanmoins limité, lui soit reconnu. Devant la Cour européenne, l'enfant se plaignait de ces quatre mesures mais la Cour n'a rien vu d'arbitraire dans la décision française considérant que celle-ci avait bien respecté le droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant. Une certitude et une interrogation ressortent des réponses de la Cour, tendant à valider les choix divergents des Etats membres.

694 Certitude. Désormais, la Cour européenne donne une large marge d'appréciation aux Etats en matière de filiation, et elle semble se limiter à vérifier uniquement si, les autorités internes ont bien placé l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur de leurs considérations et si, en l'absence de l'établissement de la filiation, l'enfant et son parent peuvent développer leur vie familiale normale. Le raisonnement se rapproche ici de celui que la Cour utilise dans le domaine du rattachement de l'enfant à sa famille affective²⁰¹⁴, notamment dans les affaires *Menesson et Labassée c/ France* du 26 juin 2014²⁰¹⁵, et *Harroudj c/ France* du 4 octobre 2012²⁰¹⁶. Ainsi, dans l'affaire

²⁰¹¹ *Ahren et Kautzor c/ Allemagne*, préc. ; dans le même sens, *Kristian Barnabas Toth c/ Hongrie*, préc.

²⁰¹² *Chavdarov c/ Bulgarie* du 21 décembre 2010, req. n° 3465/03 : *JDI* 2011, n° 2011-4, p. 1345, obs. D. Lachal.

²⁰¹³ *Mandet c/ France* du 14 janvier 2016, req. n° 30955/12 : *Gaz. Pal* 2016, n° 15, p. 82, obs. I. Rein-Lescastereyres ; *JCP G* 2016, n° 11, p. 524, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2016, n° 3, p.43, obs. H. Fulchiron ; *RJPF* 2016, n° 3, p. 34, obs. A. Cheynet de Beaupré ; *Lexbase Hebdo Edition Privée* 2016, n° 644, obs. A. Gouttenoire.

²⁰¹⁴ Voir *Infra*.

²⁰¹⁵ *Menesson et Labassée c/ France* du 26 juin 2014, req. n° 65192/11 et 65941/11 : *D.* 2014, n° 31, p. 1773, obs. H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon ; *D.* 2014, n° 31, p. 1787, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *D.* 2014, n° 31, p. 1797, note F. Chénéde ; *D.* 2014, n° 31, p. 1806, obs. L. d'Avout ; *AJDA* 2014, chron n° 31, p. 1772, obs. L. Burgogue-Larsen ; *Revue générale du droit* 2014, n° 3, obs. M. Doulet ; *JCP G* 2014, n° 28, p. 1409, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2014, n° 30, p. 1486, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2014, n° 38, p. 1650 ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 204-205, p. 12, obs. E. Viganotti ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 257-259, p. 44, obs. S. Hamou ; *RJPF* 2014, n° 9, p. 46, obs. T. Garé.

Chavdarov, malgré la constatation de l'existence d'une vie familiale entre le requérant et ses trois enfants, la Cour a validé la solution des autorités internes consistant à refuser au père biologique, vivant avec ses trois enfants, de contester la filiation légale déjà établie à leur égard. Pour arriver à cette conclusion, elle a estimé qu'en l'espèce, le requérant et ses trois enfants formaient une famille monoparentale de fait et que l'existence de cette famille n'a été menacée à aucun moment, ni par les autorités ni par la mère ou le mari de celle-ci²⁰¹⁷. La Cour a relevé que même si le requérant ne pouvait pas tenter une action en contestation de la filiation paternelle des trois enfants, le droit interne lui offrait des possibilités de pallier les inconvénients dans la vie quotidienne en demandant aux services sociaux le placement des enfants sous sa responsabilité en tant que proche de mineurs abandonnés. Le droit interne ne le privait pas non plus de toute possibilité d'établir un lien de paternité vis-à-vis des enfants en les adoptant²⁰¹⁸. Par ailleurs, la Cour a relevé que le droit interne prévoyait des mesures permettant aux enfants de bénéficier de leurs droits sociaux et la possibilité pour eux de contester, s'ils le désiraient, la présomption de paternité du mari de leur mère²⁰¹⁹. Dans l'affaire *Mandet*, la Cour a d'abord constaté « qu'en annulant le lien de filiation qu'il avait à l'égard de [son père légal], les juridictions internes ont, sur le plan juridique, modifié l'un des éléments importants de la structure familiale dans laquelle il évoluait depuis plusieurs années, et l'ont remplacé par un autre lien de filiation paternelle »²⁰²⁰. Mais elle a conclu que les juridictions internes ayant confié l'exercice de l'autorité parentale à la mère de l'enfant, leurs décisions ne faisaient pas obstacle à ce qu'il continuait à vivre au quotidien au sein de la famille constituée au tour de sa mère et de son père légal, conformément à son souhait²⁰²¹.

695 Interrogation. Rappelant que « chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer »²⁰²², la Cour a estimé, dans l'affaire *Mandet*, que les juridictions internes ont dûment placé cet intérêt au cœur de leurs

²⁰¹⁶ *Harroudj c/ France* du 4 octobre 2012, req. n° 43631/09 : *D.* 2012, p. 2392 ; *JCP G* 2012, 1945, obs. G. Gonzalez ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012, obs. N. Hervieu ; *Dalloz actualité*, 17 octobre 2012, obs. M. Kebir ; *AJF* 2012, p. 546, obs. A. Boiché ; *RLDF* 2012, chron. n° 25, obs. C. Siffrein-Blanc.

²⁰¹⁷ *Chavdarov c/ Bulgarie*, préc., § 56.

²⁰¹⁸ *Ibid.*, voir, *a contrario*, *Kroon et autres c/ Pays-Bas*, préc., §§ 38 à 39.

²⁰¹⁹ *Chavdarov c/ Bulgarie*, préc., § 55.

²⁰²⁰ *Mandet c/ France*, préc., § 44.

²⁰²¹ *Ibid.*, § 58.

²⁰²² *Ibid.*, § 53.

considérations en retenant que même si l'enfant considérait son père légal comme son père et avait noué des liens affectifs très forts avec lui, son intérêt était avant tout de connaître la vérité sur ses origines²⁰²³ et d'établir sa filiation réelle²⁰²⁴. Selon la Cour, la décision française ne revient pas à faire indûment prévaloir sur l'intérêt de l'enfant celui du père biologique à voir sa paternité reconnue, mais à retenir que l'intérêt de l'un et celui de l'autre se rejoignent en partie²⁰²⁵. Face à la réponse de la Cour, la question se pose de savoir s'il s'agit tout simplement de valider le choix des autorités internes dans le cas d'espèce ou est-ce que la Cour a adopté une approche générale et abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant selon laquelle son intérêt supérieur est de voir établir sa filiation conformément à la vérité biologique. Selon le Professeur Fulchiron, il ne s'agit que d'un cas d'espèce²⁰²⁶ et il pense que la Cour a rendu une décision très équilibrée car « on atteint ici les limites de l'exercice imposé à la Cour, et prudemment, celle-ci renvoie aux Etats le soin de se livrer à une appréciation *in concreto*. Refusant de trancher entre vérité légale (et affective) et vérité biologique, la Cour se contente de vérifier que les "bons" arguments ont été utilisés pour parvenir à la décision finale »²⁰²⁷. Cet auteur pense également que cette position de retrait semble sage compte tenu de la diversité des droits nationaux en la matière. Le professeur Gouttenoire pense au contraire que l'apport essentiel de l'arrêt réside dans le fait que la Cour européenne adopte une approche générale et abstraite et donne à l'intérêt de l'enfant un contenu substantiel et qu'« on peut, en effet, considérer qu'elle énonce une affirmation générale selon laquelle l'intérêt supérieur de l'enfant est de voir établie sa filiation conformément à la vérité biologique »²⁰²⁸.

696 Indisponibilité de la filiation. La Cour a également considéré dans l'affaire *Mandet* que l'obligation positive de garantir le respect effectif de la vie privée et familiale des enfants et d'autres individus vulnérables que pose l'article 8 de la Convention, peut parfois exiger que les juridictions prennent des mesures que ceux-ci

²⁰²³ *Ibid.*, § 56.

²⁰²⁴ *Ibid.*, § 57.

²⁰²⁵ *Ibid.*, § 57.

²⁰²⁶ H. Fulchiron, « Droit de l'enfant, droit du père légal, droit du père biologique : droits opposés ou intérêts partiellement convergents ? », *Dr. fam.* 2016, n° 3, comm. 47.

²⁰²⁷ *Ibid.*

²⁰²⁸ A. Gouttenoire, « ...Je suis ton père... », *Lexbase Hebdo édition privée* 2016, n° 644 ; dans le même sens, F. Garé, « Pour la Cour EDH, l'intérêt supérieur de l'enfant est d'être rattaché à son père biologique ! », *JCP G* 2016, n° 11, 305.

désapprouvent²⁰²⁹. C'est pour cette raison qu'elle a validé la décision française faisant droit à la demande du père biologique prétendu d'établir la filiation à l'égard de l'enfant malgré le désaccord de celui-ci et de ses parents légaux. Les juges internes ont considéré que c'était précisément l'attitude des parents légaux qui était la cause de la tardivité de la modification de la filiation. D'après le professeur Gouttenoire, cet arrêt confère une portée remarquable au caractère indisponible du lien de filiation entre un enfant et son père qui ne saurait dépendre de la volonté de la mère ni même de celle de l'enfant²⁰³⁰. Etant en désaccord avec la majorité de la chambre, le juge Nussberger dans son opinion dissidente a souligné que l'intérêt de l'enfant doit toujours être apprécié, de manière subjective, au regard des faits de l'espèce et, notamment en tenant compte de la volonté de l'enfant et de son âge. Selon lui, ce qui est critiquable dans l'affaire *Mandet* est l'utilisation de l'intérêt supérieur de l'enfant « comme une formule stéréotypée pour défendre d'autres intérêts », en l'espèce celui de son père biologique²⁰³¹. C'est pourquoi il a considéré que, même en admettant une marge d'appréciation large, le droit de l'enfant au respect de la vie privée et familiale a été violé dans le cas d'espèce.

B. L'établissement de la filiation paternelle par l'enfant

697 Action en recherche de paternité. Est-ce qu'il faut établir la vérité biologique lorsque c'est l'enfant qui le demande ? La Cour européenne répond par l'affirmative. Ainsi, la volonté de l'enfant joue un grand rôle dans son appréciation pour ce qui est du statut juridique de celui-ci. Tout en reconnaissant la légitimité de l'intérêt à assurer la stabilité et la sécurité juridiques des filiations et de protéger l'intérêt des enfants, la Cour exerce un contrôle qui s'avère être de plus en plus stricte en faveur de l'enfant en quête de l'établissement de sa filiation biologique. Réservée à l'enfant, agissant seul, ou conjointement avec sa mère²⁰³² ou par l'intermédiaire de celle-ci²⁰³³, l'action en recherche de paternité est une traduction directe de la volonté de l'enfant de voir transformer la vérité biologique en vérité juridique.

²⁰²⁹ *Mandet c/ France*, préc., § 49.

²⁰³⁰ A. Gouttenoire, « ...Je suis ton père... », préc.

²⁰³¹ *Mandet c/ France*, préc., opinion dissidente du juge Nussberger, §§ 7 et s.

²⁰³² *Jäggi c/ Suisse* du 13 juillet 2006, req. n° 58757/00 : *RTD civ.* 2006, n° 4, p. 727, note J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 2007, n° 13, p. 21, obs. Ch. Byk ; *JDI* 2007, n° 2007-2, p. 719, obs. C. Renaut ; *JCP A* 2006, 1300, chron. n° 13, obs. O. Dubos.

²⁰³³ *Kalacheva c/ Russie* du 7 mai 2009, req. n° 3451/05.

698 Obligation positive. Ainsi, dans les procédures visant à établir des liens de parenté entre l'enfant et son père biologique, la Cour européenne se place sur le terrain de la vie privée et déclare l'article 8 applicable. Selon la Cour, les procédures ayant trait à la paternité tombent sous l'empire de l'article 8²⁰³⁴ et le droit de connaître son ascendance se trouve dans le champ d'application de la notion de « vie privée », qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle dont l'identité des géniteurs fait partie²⁰³⁵. En conséquence, « il existe une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée de [l'enfant] »²⁰³⁶. Statuant sous l'angle de l'obligation positive²⁰³⁷, la Cour fait peser sur l'Etat une obligation de résoudre rapidement la question de la paternité (1°) et une obligation permettant à l'enfant, dans certaines conditions, d'exercer hors délai l'action en recherche de paternité (2°).

1° La résolution rapide de la question de la paternité

699 Détermination de la paternité. La Cour européenne souligne l'importance d'obtenir, si possible, le résultat du test ADN en vue d'identifier le géniteur de l'enfant et condamne le refus des Etats de donner suite à la demande d'expertise visant à établir l'existence d'un lien de filiation entre l'enfant et son père présumé. Ainsi, dans l'affaire *Jäggi c/ Suisse* du 13 juillet 2006²⁰³⁸, la Cour a jugé que le refus des autorités suisses d'autoriser une expertise ADN *post-mortem* sur le dépouille du père présumé du requérant a affecté la vie privée de ce dernier de manière disproportionnée. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention, dans l'affaire *Kalacheva c/ Russie* du 7 mai 2009²⁰³⁹, au motif que l'Etat n'a pas ordonné un second test ADN afin d'établir l'identité du père de l'enfant. La Cour a noté que, étant donné que les résultats du premier test ADN étaient jugés irrecevables pour des motifs de procédure, conformément au code de procédure civil russe, il incombait aux juridictions internes d'ordonner un second test dans le cas où la fiabilité des résultats du premier était

²⁰³⁴ *Mikulic c/ Croatie* du 7 février 2002, req. n° 53176/99, § 51 : *Europe* 2002, n° 5, p. 30, obs. N. Deffains ; *JCP G* 2002, chron. n° 31, p. 1453, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, n° 4, p. 795, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2002, n° 4, p. 866, obs. J.-P. Marguénaud.

²⁰³⁵ *Mikulic c/ Croatie*, préc., § 53.

²⁰³⁶ *Jäggi c/ Suisse*, préc., § 26.

²⁰³⁷ *Ibid.*, § 33.

²⁰³⁸ *Ibid.*

²⁰³⁹ *Kalacheva c/ Russie*, préc.

douteuse. Dans l'affaire *Pascaud c/ France* du 16 juin 2011²⁰⁴⁰, la Cour a condamné les autorités françaises pour avoir invalidé l'expertise génétique faite lorsque le père présumé était vivant au motif que ce dernier était placé sous protection judiciaire et de ne pas avoir offert au requérant une nouvelle expertise génétique *port-mortem* pour établir la filiation entre celui-ci et son père présumé.

700 Refus de se soumettre au test ADN. Dans le cadre de l'action en recherche de paternité, la Cour européenne ne consacre pas un droit au recours à une expertise génétique en tant que tel²⁰⁴¹. Mais en soulignant la volonté de l'enfant désireux de connaître ses origines paternelles et de transformer ce lien en un lien juridique, la Cour européenne condamne la tolérance des autorités internes à la négation arbitraire du père biologique présumé de se soumettre au test ADN. Ainsi, elle estime que lorsque le droit interne ne permet pas d'établir la paternité par des tests ADN, l'Etat a l'obligation, sur le fondement du droit à la vie privée, de mettre en place « des moyens alternatifs permettant à une autorité indépendante de trancher la question de la paternité à bref délai »²⁰⁴². La Cour note que les Etats parties à la Convention ont des solutions différentes face au problème du refus du père supposé de se soumettre aux analyses génétiques lorsque ces derniers s'avèrent nécessaires pour établir la paternité²⁰⁴³. Par conséquent, elle reconnaît une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales²⁰⁴⁴. Selon la Cour, dans certains Etats, les tribunaux peuvent condamner l'intéressé à une amende ou à une peine d'emprisonnement. Dans d'autres pays, la résistance à une telle injonction peut faire naître une présomption de paternité ou constituer une atteinte à l'autorité de la justice passible de poursuites pénales. En estimant, dans l'affaire *Mikulic c/ Croatie* du 7 février 2002²⁰⁴⁵, que le système de la Croatie ne prévoyant pas de moyen de contraindre le père pourrait être jugé conforme à la Convention, la Cour conclut que la procédure existante ne ménage pas un juste équilibre entre le droit de la requérante de voir dissiper sans retard inutile son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas

²⁰⁴⁰ *Pascaud c/ France* du 16 juin 2011, req. n°19535/08 : *JCP G* 2011, act. 797, obs. L. Milano ; *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire ; *LPA* 2012, n° 138, p. 7, obs. C. Pomart-Nomdédéo ; *D.* 2012, n° 22, p. 1432, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Revue des droits et libertés fondamentales* 2011-16, obs. G. Vial ; *RJPF* 2011-10, p. 27, obs. T. Garé.

²⁰⁴¹ Voir *Supra.*, n° 663 et s.

²⁰⁴² *Mikulic c/ Croatie*, préc. ; dans le même sens, *Jäggi c/ Suisse*, préc.

²⁰⁴³ *Mikulic c/ Croatie*, préc., § 64.

²⁰⁴⁴ *Ibid.*

²⁰⁴⁵ *Ibid.*

subir de tests ADN²⁰⁴⁶. Dans la décision d'irrecevabilité *Canonne c/ France* du 25 juin 2015²⁰⁴⁷, le père biologique présumé se plaignant que les autorités internes ont établi sa paternité en se fondant sur son refus à se soumettre au test ADN. La Cour a rejeté sa requête, considérant que les autorités internes, en prononçant la paternité du requérant, ont bien apprécié les faits d'espèce et ne se sont pas fondées sur le seul refus du requérant à se soumettre au test ADN, mais également sur d'autres éléments de preuves tels que les écrits, les déclarations, les documents et les témoignages. Dans l'affaire *A.M.M. c/ Roumanie* du 14 février 2012²⁰⁴⁸, la violation de l'article 8 de la Convention est liée au fait que les tribunaux internes n'ont tiré aucune conséquence du refus du père biologique de se soumettre au test ADN.

701 Obligation de célérité. La Cour européenne estime que l'article 6 § 1 de la Convention fait obligation aux autorités internes compétentes d'agir avec une diligence particulière afin de garantir un déroulement rapide de la procédure²⁰⁴⁹. Selon elle, une diligence spéciale s'impose en matière d'état et de capacité des personnes²⁰⁵⁰. C'est ainsi qu'elle a conclu à la violation de cet article dans l'affaire *Mikulic c/ Croatie*. La procédure, qui était toujours pendante, avait déjà duré cinq ans au moment de la décision de la Cour européenne. De même, dans l'affaire *Ebru et Tyfun Colak c/ Turquie* du 30 mai 2006, la Cour a condamné la Turquie en raison de la durée excessive de la procédure. En l'espèce, elle a relevé que lorsque le père prétendu a refusé de se soumettre aux tests ADN, les autorités internes auraient dû rapidement tirer les conséquences de ce refus pour statuer sur la question de la paternité. La procédure a duré plus de huit et neuf mois dans la présente affaire.

2° La prescription des actions en matière d'établissement de la filiation

702 Contrôle de proportionnalité. La Cour européenne reconnaît que l'institution d'un délai pour l'ouverture d'une procédure en recherche de paternité est justifiée par le but de protéger les intérêts des pères putatifs face aux demandes vaines et de prévenir toute injustice au cas où les tribunaux se verraient contraints d'enquêter sur des faits

²⁰⁴⁶ *Mikulic c/ Croatie*, préc., § 65.

²⁰⁴⁷ *Canonne c/ France* du 25 juin 2015, req. n° 22037/13 : *D.* 2016, 647, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2015, 499, obs. S. Le Gac-Pech ; *RTD civ.* 2015, 596, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2015-9/23, obs. T. Garé.

²⁰⁴⁸ *A.M.M. c/ Roumanie* du 14 février 2012, req. n° 2151/10.

²⁰⁴⁹ *Mikulic c/ Croatie*, préc., § 44.

²⁰⁵⁰ *Ibid.* ; dans le même sens, *Bock c/ Allemagne* du 29 mars 1989, série A n° 150, p. 23, § 49.

antérieurs de nombreuses années²⁰⁵¹. Toutefois, la Cour dénonce l'application trop mécanique du délai de prescription en matière de procédures en recherche de paternité. Ces dernières doivent tenir compte des circonstances particulières de chaque cas d'espèce, notamment lorsque la vérité biologique est démontrée scientifiquement.

703 Consensus. Pour faire primer la volonté de l'enfant de voir sa filiation biologique établie, la Cour justifie son raisonnement par un examen comparé de la législation des Etats membres. Ainsi, en ce qui concerne la prescription des actions en recherche de paternité, la Cour relève qu'une étude comparée de la législation des Etats contractants sur l'institution de ces actions fait apparaître qu'il n'existe pas d'approche uniforme en la matière²⁰⁵². Dans les Etats fixant un délai de prescription pour ces actions, la durée et le point de départ de ce délai varient sensiblement et seuls quelques ordres juridiques semblent avoir mis en place des solutions pour le cas où les circonstances pertinentes deviennent connues seulement après que le délai a expiré²⁰⁵³. Toutefois, la Cour en soulignant qu'un nombre important d'Etats n'institue pas de délai de prescription pour les actions en recherche de paternité engagées par des enfants, considère qu'« on constate en effet une tendance à protéger davantage le droit de l'enfant à voir établir sa filiation paternelle »²⁰⁵⁴.

704 Connaissance des faits. Dans son examen de proportionnalité, la Cour prend en compte plusieurs éléments et elle considère que « le moment précis où un requérant vient à connaître la réalité biologique est à prendre en considération ; autrement dit, la Cour doit se demander si les circonstances justifiant une demande en recherche de paternité se sont trouvées réunies avant ou après l'expiration du délai de prescription »²⁰⁵⁵. La Cour « examinera de surcroît s'il existe un autre moyen de redressement dans le cas où la procédure en cause est prescrite, telles des voies de recours internes effectives permettant la réouverture du délai ou des exception à l'application d'un délai dans le cas où une personne prend connaissance de la réalité biologique après expiration du délai »²⁰⁵⁶.

²⁰⁵¹ *Grönmark c/ Finlande* du 6 juillet 2010, req. n°17038/04, § 45 ; *Backlund c/ Finlande* du 6 juillet 2010, req. n°36498/05 : *Dr. fam.* 2011, n° 4, étude 10, obs. A. Gouttenoire ; *LPA* 2011, n° 106, p. 5, obs. F. Vasseur-Lambry.

²⁰⁵² *Ibid.*, § 52.

²⁰⁵³ *Ibid.*, § 53.

²⁰⁵⁴ *Ibid.*, § 52.

²⁰⁵⁵ *Grönmark c/ Finlande*, préc., § 49.

²⁰⁵⁶ *Ibid.*

705 **Condamnation.** Dans les affaires *Grönmark et Backlund c/ Finlande* du 6 juillet 2010²⁰⁵⁷, la Cour européenne a sanctionné l'application par les autorités internes d'un délai rigide en matière de procédure en recherche de paternité, sans tenir compte des circonstances particulières des cas d'espèce. En effet, une disposition transitoire du droit finlandais de la filiation impose, pour les enfants nés avant 1976, un délai de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi pour agir en recherche de paternité. Dans l'affaire *Grönmark*, la requérante n'a découverte qu'après la mort de son père biologique que celui-ci ne l'a jamais reconnue juridiquement, alors que tout au long de leur vie, ce lien de filiation avait été unanimement considéré comme acquis aux yeux des intéressés et de leur entourage et le père avait versé à la requérante une pension alimentaire jusqu'à sa majorité. Dans l'affaire *Backlund*, la paternité biologique avait été prouvée bien après la prescription de ce délai par des tests ADN,

706 Dans le même sens, la Cour a condamné l'application mécanique du délai de prescription dans l'affaire *Phinikaridou c/ Chypre* du 20 décembre 2007²⁰⁵⁸. En l'occurrence, juste avant son décès, la mère avait révélé à sa fille, alors âgée de cinquante-deux ans, l'identité de son père biologique. Dans l'affaire *Turnali c/ Turquie* du 7 avril 2009²⁰⁵⁹, la Cour européenne a fait droit à la demande de l'enfant, alors même qu'il s'agissait d'une adulte, qui cherchait à établir la filiation avec son père présumé pour être reconnue héritier légale de ce dernier. En l'espèce, elle a condamné l'application stricte de la règle selon laquelle l'action en recherche de paternité devait être exercée dans l'année suivant la naissance de l'enfant²⁰⁶⁰.

§ 2 : La contestation de la filiation

707 **Conflit des intérêts.** S'agissant de la contestation de la filiation, la question qui se pose devant la Cour européenne est de savoir si l'Etat a une obligation de permettre au père légal d'exercer hors délai une action en contestation de paternité. La Cour européenne estime que la question de savoir si l'action en désaveu de paternité visant à la dissolution légale de liens de famille existants concernait la « vie familiale » du père légal est restée ouverte puisque la Cour a conclu qu'en tout état de cause la détermination du régime juridique des relations du père et de son enfant putatif

²⁰⁵⁷ *Grönmark et Backlund c/ Finlande*, préc.

²⁰⁵⁸ *Phinikaridou c/ Chypre* du 20 décembre 2007, req. n°23890/02.

²⁰⁵⁹ *Turnali c/ Turquie* du 7 avril 2009, req. n° 4914/03.

²⁰⁶⁰ Dans le même sens, *Laakso c/ Finlande* du 15 janvier 2013, req. n° 7361/05.

concernait sa « vie privée »²⁰⁶¹. Les faits de la cause tombent ainsi sous l'empire de l'article 8 de la Convention et la Cour estime que les affaires doivent être traitées sous l'angle des obligations positives.

708 **Mise en balance des intérêts.** Pour savoir si la demande d'exercer hors délai une action en contestation de paternité doit être admise, la Cour, en mettant en balance les intérêts concurrents, souligne que la fixation d'un délai pour l'engagement d'une action en contestation de paternité peut se justifier par le souci de garantir la sécurité juridique des rapports familiaux et de protéger les intérêts de l'enfant²⁰⁶². Dans la mise en balance des intérêts, la Cour européenne prend plusieurs éléments en considération. Il s'agit d'une part du moment de la découverte de la vérité (A.) et d'autre part de la possibilité d'obtenir une nouvelle preuve après l'expiration de délais (B.).

A. Le moment de la découverte de la vérité

709 **Distinction.** Pour savoir si la demande d'exercer hors délai une action en contestation de paternité doit être admise, la Cour européenne est de l'avis qu'une distinction doit être effectuée entre les situations dans lesquelles le père légal connaissait avec certitude ou pouvait connaître la vérité biologique mais n'avait pas exercé d'action pendant le délai limite pour des motifs n'étant pas liés à la loi et les situations dans lesquelles il n'y a pas eu de possibilité d'avoir connaissance de la vérité biologique.

1° Les contestations admises

710 **Absence de consensus.** Dans l'hypothèse où le père légal découvre, après l'expiration du délai pour agir, la vérité sur la paternité de l'enfant, la Cour doit examiner si l'Etat prévoit un autre moyen de redressement. La Cour fait observer que les systèmes juridiques des Etats membres ont apporté différentes solutions au problème qui se pose lorsque les exigences que doit remplir une action en désaveu de paternité ne sont remplies qu'après l'expiration du délai fixé par la loi. Certains Etats admettent que, dans des circonstances exceptionnelles, un tribunal puisse autoriser l'exercice d'une

²⁰⁶¹ *Rasmussen c/ Danemark* du 28 novembre 1984, série A., n° 87 ; *Yildirim c/ Autriche* du 19 octobre 1999, req. n° 34308/96.

²⁰⁶² *Rasmussen c/ Danemark*, préc., § 41.

action en dehors du délai²⁰⁶³. Dans d'autres, c'est le ministère public qui a ce pouvoir²⁰⁶⁴.

711 Exceptions à l'application du délai. Dans l'affaire *Shofman c/ Russie* du 24 novembre 2005²⁰⁶⁵, la Cour a condamné les autorités russes pour ne pas avoir autorisé le requérant à exercer hors délai légal, une action en désaveu de paternité, même lorsqu'il existait une preuve ADN. En l'espèce, le requérant, après la naissance de l'enfant, l'avait élevé pendant environ deux ans comme si celui-ci était son fils, sans se douter qu'il n'en était pas le père. La Cour a relevé que le système juridique russe offrait au requérant la possibilité de contester la paternité de l'enfant à condition que l'action en désaveu fût exercée dans le délai d'un an à partir de la naissance de celui-ci. Contrairement aux dispositions en vigueur dans d'autres Etats membres, le droit russe ne prévoyait aucune dérogation à titre exceptionnel, le requérant ne pouvait en aucun cas exercer une action après l'expiration du délai légal. C'était la brièveté du délai de prescription et l'absence de recours qui formaient une atteinte disproportionnée aux buts légitimes poursuivis dans la présente affaire.

712 Voies de recours internes effectives permettant la réouverture du procès. La Cour exige, dans l'affaire *Mizzi c/ Malte* du 12 janvier 2006²⁰⁶⁶, que le père légal doit « avoir au moins une occasion de contester la paternité de l'enfant qui, selon les preuves scientifiques, n'est pas de lui »²⁰⁶⁷. La Cour a aussi estimé dans cette affaire qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention. Le fait que le requérant n'a jamais été autorisé à contester sa paternité vis-à-vis de l'enfant n'était pas proportionné aux buts légitimes poursuivis. La Cour « n'est pas convaincue [...] qu'une restriction aussi radicale du droit du requérant à agir en désaveu de paternité est "nécessaire dans une société démocratique" »²⁰⁶⁸. L'intérêt potentiel de l'enfant à bénéficier de la « possession d'état » et l'intérêt général de la protection de la sécurité juridique des liens familiaux ne sauraient l'emporter sur le droit légitime du père légal.

²⁰⁶³ *Rasmussen c/ Danemark*, préc., § 24.

²⁰⁶⁴ *Yildirim c/ Autriche*, préc.

²⁰⁶⁵ *Shofman c/ Russie* du 24 novembre 2005, req. n° 74826/01 : *Gaz. Pal.* 2010, n° 314-315, p. 41, obs. H. Carvallo.

²⁰⁶⁶ *Mizzi c/ Malte* du 12 janvier 2006, req. n° 26111/02.

²⁰⁶⁷ *Ibid.*, § 112.

²⁰⁶⁸ *Ibid.*

2° Les contestations refusées

713 **Connaissance de la vérité.** La Cour fait triompher la sécurité juridique et l'intérêt de l'enfant lorsque le père légal sait, ou peut savoir qu'il ne s'agit pas de son enfant mais pour des motifs qui ne sont pas liés à la loi, ne présente aucune action pendant le délai limite. Dans cette hypothèse, il ne peut pas exercer hors délai une action en contestation de paternité.

714 **Différence de traitement.** Dans l'affaire *Rasmussen c/ Danemark* du 28 novembre 1984²⁰⁶⁹ concernant l'impossibilité pour le père légal d'exercer hors délai une action en désaveu de paternité, la Cour européenne n'a pas fait droit à la demande de celui-ci. Selon la Cour, avant même la naissance de l'enfant, le requérant avait des raisons de penser qu'un autre homme pouvait en être le père. Cependant, afin de préserver son ménage, il n'avait accompli aucune démarche tendant à la détermination de la paternité²⁰⁷⁰. Après le divorce, il a pris quelques mesures en vue d'exercer hors délai une action en désaveu de paternité mais sa demande a été rejetée. En l'espèce, le père légal se plaignait de ce que la loi danoise à l'époque des faits limitait dans le temps son droit à désavouer un enfant né pendant le mariage alors qu'elle offrait à son ex-épouse la possibilité d'agir en contestation de paternité à tout moment. Cette affaire consacre le principe selon lequel des distinctions peuvent être opérées entre les droits de la mère et du père dans les actions relatives à la filiation paternelle. En se fondant sur l'article 14 pris en combinaison avec l'article 8 de la Convention, la Cour a considéré qu'une différence de traitement entre la mère et son mari dans les conditions d'introduction d'une action en désaveu de paternité n'était pas contraire à la Convention, les conditions plus rigoureuses imposées au mari étant proportionnées au besoin d'assurer la certitude des rapports de famille. Ainsi, en l'absence de consensus en la matière, la Cour a admis que les autorités internes étaient en droit de penser, à l'époque des faits, que l'institution de délais pour l'engagement d'une action en désaveu se justifiait par le souci de garantir la sécurité juridique et de protéger les intérêts de l'enfant. De plus, la Cour a estimé que le droit danois ne différait guère de celui de la plupart des autres Etats contractants, l'inégalité de traitement établie entre maris et femmes procédant de l'idée que de tels délais s'imposaient moins pour elles que pour

²⁰⁶⁹ *Rasmussen c/ Danemark*, préc.

²⁰⁷⁰ *Ibid.*, § 8.

eux car les intérêts de la mère rejoignaient d'ordinaire ceux de l'enfant dont, dans la majorité des cas de divorce ou de séparation, elle se voyait attribuer la garde²⁰⁷¹.

715 Intérêt de l'enfant. La décision d'irrecevabilité *Yildrim c/ Autriche* du 19 octobre 1999²⁰⁷² confirme les restrictions dans le temps du droit du père légal à désavouer sa paternité. En l'espèce, le père légal a admis qu'au moment du mariage, sa femme était déjà enceinte et qu'il savait qu'il n'était pas le père de l'enfant. La loi autrichienne prévoyait que l'action en désaveu de paternité pouvait être intentée dans un délai d'un an à compter de la naissance de l'enfant. Après l'expiration de ce délai, seul le ministère public pouvait entamer une telle procédure, chose qu'il n'a pas faite, estimant que ce n'était pas dans l'intérêt de l'enfant, le père biologique refusant d'être son père. Selon la Cour, le ministère public était en droit d'agir en ce qu'il semblait être dans l'intérêt de l'enfant. Lorsque le délai limite prévu pour l'engagement d'une action en désaveu est expiré, il est justifié que l'intérêt de l'enfant l'emporte sur l'intérêt du requérant à réfuter sa paternité légale. De même, dans l'affaire *A. L. c/ Pologne* du 18 février 2012²⁰⁷³, la Cour européenne a approuvé les autorités nationales d'avoir refusé d'accorder au père légal d'exercer hors délai une action en contestation de paternité. À l'instar des juges étatiques, la Cour a considéré que ce refus est dans l'intérêt du mineur : l'annulation de la reconnaissance de paternité étant susceptible de constituer une expérience traumatisante pour l'enfant, alors même qu'existait une preuve ADN démontrant que le requérant n'était pas le père de l'enfant. En l'espèce, la Cour a relevé que le requérant avait confirmé qu'il savait que la mère de l'enfant avait des relations sexuelles avec d'autres hommes et était donc parfaitement conscient que l'enfant pouvait ne pas être le sien, mais il avait néanmoins décidé de déclarer en être le père. Pour conclure à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention, la Cour a ajouté que l'enfant pouvait, pendant trois années suivant sa majorité, engager lui-même une action en contestation de paternité.

B. L'obtention d'une nouvelle preuve après l'expiration du délai

716 Distinction. L'apparition d'un élément nouveau comme le test ADN peut faire pencher la balance vers la connaissance de la vérité sur sa filiation et donc la destruction

²⁰⁷¹ *Ibid.*, § 41.

²⁰⁷² *Yildrim c/ Autriche*, préc.

²⁰⁷³ *A. L. c/ Pologne* du 18 février 2014, req. n° 28609/08 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2014, p. 186, obs. M. Rouillard.

du lien de filiation qui ne correspond pas à la filiation biologique. Devant la Cour européenne, les pères légaux, n'ayant pas réussi à prouver leur non-paternité, se plaignent que la déclaration de paternité avait été prononcée dans une décision de justice définitive sur le fondement des déclarations, des témoignages et notamment des dépositions d'experts qui correspondaient à l'état des connaissances scientifiques de l'époque consistant à faire une comparaison des groupes sanguins des intéressés. Ils soutiennent que alors que les méthodes de recherche de paternité ont évolué, les tests ADN pouvant établir la paternité avec une certitude, ils doivent pouvoir avoir une possibilité de faire correspondre sa situation juridique à la réalité biologique. Selon la Cour européenne, l'admission de l'action en se fondant sur le progrès scientifique semble dépendre de l'accord de l'enfant à se soumettre au test ADN.

1° L'accord de l'enfant à se soumettre au test ADN

717 Accord de l'enfant. Dans l'affaire *Paulik c/ Slovaquie* du 10 octobre 2006²⁰⁷⁴, la Cour européenne, sur le fondement de l'article 8 de la Convention, a condamné les autorités étatiques pour avoir refusé à un homme de contester la filiation judiciairement constatée de sa fille en 1970 par une action en reconnaissance de paternité, alors que la fausseté biologique a été démontrée par des tests ADN réalisés en 2004. La Cour a observé que la loi ne donnait à l'intéressé aucune possibilité de contester la déclaration judiciaire relative à sa paternité alors même qu'il était en possession de nouveaux éléments, à savoir une analyse ADN, prouvant qu'il n'était pas le père de sa fille. Cette dernière était, au moment de la décision, âgée de quarante ans, ayant fondé une famille et ne dépendant plus de son père, « l'intérêt général pouvant résider dans la protection de ses droits à ce stade est bien moindre que lorsqu'elle était enfant »²⁰⁷⁵. La Cour a souligné que la fille du requérant était elle-même à l'origine de l'analyse ADN et a déclaré qu'elle n'avait pas d'objection à ce que le requérant désavoue sa paternité. Selon la Cour, « il apparaît donc que l'absence de procédure permettant de mettre la situation juridique en conformité avec la réalité biologique va à l'encontre des souhaits de tous les intéressés et ne bénéficie en fait à personne »²⁰⁷⁶. Dans l'affaire *Ostace c/*

²⁰⁷⁴ *Paulik c/ Slovaquie* du 10 octobre 2006, req. n° 10699/05 ; dans le même sens, *Tavli c/ Turquie* du 9 novembre 2006, req. n° 11449/02.

²⁰⁷⁵ *Paulik c/ Slovaquie*, préc., § 46.

²⁰⁷⁶ *Ibid.*, § 46. ; dans le même sens, *Tavli c/ Turquie*, préc.

Roumanie du 25 février 2014²⁰⁷⁷, le requérant a été déclaré père de l'enfant à la suite d'une action en recherche de paternité, formée par la mère de l'enfant. Confirmant l'affaire *Paulik*, la Cour a condamné les autorités du fait d'avoir déclaré irrecevable pour des raisons procédurales, la contestation de déclaration judiciaire de paternité, alors qu'il existait la preuve ADN.

718 Différence de traitement. Dans l'affaire *Paulik c/ Slovaquie*, le père légal se plaignait également que, lorsque la paternité était établie à la suite d'une action judiciaire en reconnaissance, il n'existait absolument aucun moyen juridique par lequel il pourrait efficacement contester la déclaration de paternité litigieuse, alors même qu'il disposait d'éléments nouveaux prouvant qu'il n'était pas le père biologique. Il soutenait qu'au contraire, dans le cas où la paternité était présumée, le père présumé et la mère pouvaient demander au procureur général de contester la paternité. Sur ce point, la Cour européenne a conclu à l'existence d'une violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8. Admettant qu'en principe, l'« intérêt légitime » à assurer la sécurité juridique et la stabilité des relations familiales et à protéger les intérêts de l'enfant ne pouvait justifier que l'on traite des personnes ayant intérêt à contester une paternité différemment selon que celle-ci soit simplement présumée ou qu'elle ait été déterminée par une décision devenue définitive, la Cour a estimé qu'en l'espèce, « la recherche de cet intérêt a eu pour effet de priver le requérant de toute procédure lui permettant de faire invalider la déclaration de sa paternité »²⁰⁷⁸.

2° Le refus de l'enfant de se soumettre au test ADN

719 Impossibilité d'obtenir une preuve biologique face au refus de l'enfant. Dans la décision d'irrecevabilité *I.L.V. c/ Roumanie* du 24 août 2010²⁰⁷⁹, le père légal se plaignait devant la Cour européenne qu'il a été débouté de son action tendant à obliger l'enfant mineur et la mère de celui-ci à se soumettre à un examen sanguin et à un test ADN. Pour cette raison, il ne pouvait pas contester sa paternité. De même, dans l'affaire *Iyilik c/ Turquie* du 6 décembre 2011²⁰⁸⁰, le requérant se heurtait au refus de l'autorité

²⁰⁷⁷ *Ostace c/ Roumanie* du 25 février 2014, req. n° 12547/06 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire.

²⁰⁷⁸ *Paulik c/ Slovaquie*, préc., § 58.

²⁰⁷⁹ *I.L.V. c/ Roumanie* du 24 août 2010, req. n° 4901/04.

²⁰⁸⁰ *Iyilik c/ Turquie* du 6 décembre 2011, préc., : *D.* 2012, n° 22, p. 1432, obs. F. Granet-Lambrechts ; *JCP G* 2012, n° 10, p. 498, obs. G. Gonzalez et A. Gouttenoire ; *JCP G* 2012, n°4, p. 163, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2011, n° 51, p. 2526, obs. G. Gonzalez.

judiciaire d'obliger sa fille putative, celle-ci âgée de quarante-cinq ans, à se soumettre à un test ADN afin d'établir la preuve biologique de sa non-paternité. La Cour européenne a d'abord estimé, dans les deux affaires, que l'enfant, plus qu'un adulte, doit avoir la possibilité de refuser de se soumettre à une expertise génétique. Ainsi, selon sa propre formulation, « la Cour rappelle qu'elle a déjà jugé que 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. Et cela, d'autant plus quand, comme en l'espèce le tiers en question est une enfant bénéficiant d'une filiation légitime de longue date »²⁰⁸¹.

720 Intérêts divergents. Selon la Cour européenne, l'impossibilité de faire prévaloir la réalité biologique sur une présomption légale de paternité n'est pas compatible avec l'obligation de garantir le respect effectif de la vie privée et familiale lorsque les intérêts de l'enfant et du père putatif coïncident, il n'en va pas de même si ces intérêts divergent²⁰⁸². Ainsi, des délais rigides de prescription ou d'autres obstacles aux actions de contestation de paternité, peuvent heurter le droit au respect de la vie privée lorsque le parent et surtout l'enfant, refusent de voir persister un lien de filiation qui ne correspond pas à la vérité biologique. Toutefois, lorsque toutes les parties ne sont pas de même avis, la Cour admet dans les affaires *I.L.V.* et *Iyilik* que la contestation de la filiation paternelle peut être soumise à l'intérêt de l'enfant, voire à la volonté de celui-ci. Ainsi, dans cas du refus de l'enfant de se soumettre à un test ADN, ce refus doit l'emporter sur la recherche de la vérité biologique. Dans la mise en balance des intérêts, la Cour européenne a estimé qu'elle n'a pas trouvé déraisonnable de faire prévaloir à l'époque des faits, comme l'ont fait les juridictions nationales, l'intérêt supérieur de l'enfant et celui du principe de la sécurité juridique sur celui du père légal. Pour arriver à cette conclusion, la Cour européenne a souligné que l'absence d'une quelconque manifestation de la part de l'enfant démontrant son souhait de voir vérifier la paternité, le laps de temps pendant lequel elle a bénéficié de son état civil stable et les conséquences patrimoniales que cela peut entraîner, jouent en faveur de l'intérêt de l'enfant « de ne pas être privé d'une paternité biologique distincte de la filiation »²⁰⁸³.

²⁰⁸¹ *I.L.V. c/ Roumanie*, préc., § 42 ; *Iyilik c/ Turquie*, préc., § 33.

²⁰⁸² *Iyilik c/ Turquie*, préc., §§ 31 et 32.

²⁰⁸³ *I.L.V. c/ Roumanie*, préc., § 46 ; *Iyilik c/ Turquie*, préc., § 35.

721 Poids de la volonté de l'enfant. L'âge de l'enfant est pris en compte par la Cour européenne qui a souligné, dans l'affaire *I.L.V. c/ Roumanie*, qu'il s'agissait d'une mineure, pour considérer que l'intérêt de celle-ci était donc de ne pas être privée d'une paternité biologique distincte de la filiation²⁰⁸⁴. Or, dans l'affaire *Iyilik c/ Turquie*, la Cour a tout de même fait prévaloir l'intérêt de l'enfant, en l'espèce âgée de quarante-cinq ans sur celui de son père légal. Sa position dans cet arrêt semble contredire celle dans l'arrêt *Paulik c/ Slovaquie*. Dans ce dernier arrêt, elle a jugé que lorsque la fille putative est âgée de quarante ans, a fondé une famille et assure sa propre substance, « l'intérêt général pouvant résider dans la protection de ses droits à ce stade est bien moindre que lorsqu'elle était enfant »²⁰⁸⁵. Dans ces conditions, il semble que la situation du père putatif apparaisse totalement dépendante de la volonté de l'enfant : « plus que son âge, [...] c'est le poids de sa volonté avérée ou implicite de connaître la vérité biologique de sa filiation qui importe, même guidée par un intérêt patrimonial »²⁰⁸⁶.

²⁰⁸⁴ *I.L.V. c/ Roumanie*, préc., § 46.

²⁰⁸⁵ *Paulik c/ Slovaquie*, préc., § 46.

²⁰⁸⁶ G. Gonzalez et A. Gouttenoire, « Preuve de non-paternité et refus de l'enfant », *JCP G* 2012, n° 10, p. 498.

Chapitre 2 : Le rattachement de l'enfant à sa famille affective

722 Exigence d'une protection juridique. Selon la Cour européenne, à l'engagement négatif de ne pas s'immiscer dans le droit au respect de la vie familiale, « peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale »²⁰⁸⁷. Il en résulte que l'Etat, « en fixant dans son ordre juridique interne le régime applicable à certains liens de famille [...], doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale »²⁰⁸⁸. En matière de la filiation, « le respect de la vie familiale implique en particulier [...], l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille »²⁰⁸⁹.

723 Contrôle européen. En raison de l'existence de la relation affective entre l'enfant et son parent, la Cour reconnaît assez facilement l'existence de la vie familiale entre eux lorsqu'ils vivent ensemble²⁰⁹⁰. Toutefois, l'existence de la vie familiale entre l'enfant et son parent n'est pas nécessairement suivie de l'obligation de reconnaissance juridique de celle-ci. En effet, en matière de rattachement de l'enfant à sa famille affective, les juges européens s'attachent moins à l'existence formelle d'un lien juridique de filiation qu'à la possibilité effective de mener une vie familiale. Par conséquent, la Cour va examiner si, en l'absence de l'établissement de la filiation, l'enfant et son parent peuvent mener une vie familiale normale. Les problèmes posés devant la Cour peuvent être distingués en deux groupes en fonction du degré de rattachement de l'enfant à sa famille. Il s'agit d'une part, de la reconnaissance des liens de filiation établis à l'étranger (Section 1), et d'autre part, de la consécration du lien de filiation en l'absence de tout lien de parenté (Section 2).

²⁰⁸⁷ *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979, série A, n° 31, § 31 : *GACEDH* n° 51, *JT* 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *AFDI* 1980, 317, obs. Pelloux ; *JDI* 1982, 183, obs. P. Rolland.

²⁰⁸⁸ *Ibid.*

²⁰⁸⁹ *Ibid.*

²⁰⁹⁰ *GACEDH*, n° 51.

Section 1 : La reconnaissance des liens de filiation légalement établis à l'étranger

724 Problème. Depuis plusieurs années, pour devenir parents d'un enfant, des personnes hétérosexuelles comme des personnes homosexuelles, seules ou en couple, cherchent à l'étranger ce que prohibe leur droit national. En même temps, l'adoption et la procréation se développe dans le but de combler le désir de ces futurs parents. Mais des problèmes juridiques ultérieurs peuvent se poser notamment à l'égard des enfants qui se trouvent privés de lien de filiation à l'égard de leurs parents en raison de l'interdiction, dans leur pays de résidence, de reconnaître des liens de filiation légalement établis à l'étranger.

725 Obligation conditionnelle de reconnaissance. Sur le fondement de l'article 8 de la Convention, la Cour européenne se trouve ainsi confrontée à la question de savoir si les Etats membres ont une obligation de reconnaître les liens juridiques légalement établis à l'étranger. Autrement dit, le droit à la reconnaissance du jugement étranger peut-il se fonder sur un droit substantiel reconnu par la Convention, tel le droit au respect de la vie privée et familiale ? Admettant dans l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg* du 28 juin 2007²⁰⁹¹, que « les juges [...] ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention »²⁰⁹², la formule de la Cour européenne pourrait laisser penser que la filiation établie valablement à l'étranger doit être reconnue dans le pays de résidence de l'enfant. Mais la Cour a également précisé dans le même arrêt que « les juges [...] ne pouvaient raisonnablement refuser la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient *de facto* [...] et se dispenser ainsi d'un examen concret de la situation »²⁰⁹³. Le raisonnement de la Cour signifie que l'arrêt ne formule aucune règle selon laquelle seule la reconnaissance automatique et inconditionnelle d'un jugement étranger en matière de statut personnel serait compatible avec le droit au

²⁰⁹¹ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg* du 28 juin 2007, req. n° 76240/01 : *RTD civ.* 2007, 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *RJPF* 2007-11/36, obs. M.-C. Le Boursicot ; *JDI* 2008, chron. n° 5 ; *AJDA* 2007, p. 1918, obs. J.-F. Flauss ; *RTD civ.* 2007, 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *RCDIP* 2007, p. 807, obs. P. Kinsch.

²⁰⁹² *Ibid.*, § 133.

²⁰⁹³ *Ibid.*, § 135 ; dans le même sens, *Negrepointis-Giannis c/ Grèce*, préc., § 74.

respect de la vie familiale²⁰⁹⁴. A l'inverse, une interdiction automatique et inconditionnelle ne serait non plus considérée comme compatible avec la Convention.

726 Distinction. Le problème de la reconnaissance des liens de filiation établis à l'étranger se pose d'une part, dans le cadre de l'adoption internationale (§1) et d'autre part, dans le cadre de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger, hypothèse beaucoup plus compliquée et délicate, concernant pour partie une question de l'obligation d'établir le lien de filiation biologique (§2).

§ 1 : La reconnaissance de la filiation de l'enfant dans le cadre de l'adoption internationale

727 Interdiction d'adoption par une personne célibataire. Dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg* du 28 juin 2007²⁰⁹⁵, les requérantes, mère et sa fille adoptive, se plaignaient du refus par les autorités nationales de l'exequatur de la décision péruvienne d'adoption plénière légalement prononcée. Le motif du refus des juridictions internes résidait dans le fait que le jugement péruvien avait été rendu en contradiction avec la loi luxembourgeoise de conflits de lois à l'époque des faits, laquelle réservait l'adoption plénière à des époux. Par le jeu de l'exequatur, les requérantes entendaient obtenir, d'une part, la constitution d'une situation juridique non autorisée par le droit de l'Etat défendeur. Elles recherchaient, d'autre part, l'octroi de plein droit, au profit de l'enfant adopté, de la nationalité luxembourgeoise, et partant de la citoyenneté de l'Union européenne. En l'espèce, les requérantes ont bénéficié plus tard d'un jugement luxembourgeois d'adoption simple.

728 Interdiction d'adoption par un moine. Dans l'affaire *Negrepontis-Giannis c/ Grèce* du 3 mai 2011²⁰⁹⁶, la Cour européenne se trouvait confrontée au problème relatif à la reconnaissance d'un jugement d'adoption rendu à l'étranger, en toute légalité, lorsque cette reconnaissance portait atteinte à l'ordre public international de l'Etat d'accueil. L'affaire concernait l'adoption entre deux personnes adultes, le requérant – alors étudiant aux Etats-Unis – qui a été adopté par son oncle, moine

²⁰⁹⁴ P. Kinsch, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *RCDIP* 2007, p. 807.

²⁰⁹⁵ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, préc.

²⁰⁹⁶ *Negrepontis-Giannis c/ Grèce* du 3 mai 2011, req. n° 56759/08 : *Lexbase Hebdo édition privée générale* n° 439 (n° Lexbase A2837HQ7), obs. A. Gottenoire ; *Dr. fam.* 2011, n° 6, alerte 48, obs. M. Bruggeman ; *JDI* 2012, comm. 7, note A. Dionisi-Peyrusse ; P. Kinsch, « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *RCDIP* 2011, p. 817.

orthodoxe consacré évêque chez qui il résidait. L'adoption a été prononcée par un tribunal américain en 1984, et un acte de naissance ajoutant au nom de famille du requérant le nom de son père adoptif a été établi par les autorités américaines. L'adoptant comme adopté étaient étroitement liés à la Grèce mais présentaient des liens importants avec les Etats-Unis au moment de l'adoption. Tous les deux y ont résidé pendant plusieurs années. Suite à une contestation en justice par des membres de la famille de son père adoptif après la mort de ce dernier, la Cour de cassation grecque, par un arrêt du 4 août 2009, a refusé de reconnaître l'adoption prononcée aux Etats-Unis au motif que le père adoptif était moine et que l'adoption effectuée par un moine était contraire à l'ordre public international.

729 Applicabilité de l'article 8. Rappelant le principe selon lequel « en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille »²⁰⁹⁷, la Cour a admis, dans les affaires *Wagner et J.M.W.L.* et *Negrepointis-Giannisis*, l'applicabilité de l'article 8 de la Convention aux liens familiaux créés par voie d'adoption²⁰⁹⁸, alors même que le droit d'adopter n'était pas en tant que tel garanti par la Convention. Dans l'affaire *Negrepointis-Giannisis*, la Cour a également considéré que les questions de successions entraient dans la sphère de l'article 8 car elles étaient étroitement liées à la vie familiale et que le nom de famille constituait un élément de la vie privée et familiale en tant qu'élément de l'identité personnelle et en tant que lien avec une famille²⁰⁹⁹.

730 Condamnation. La Cour européenne, dans l'arrêt *Wagner et J.M.W.L.*, a condamné, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, le refus d'accorder *l'exequatur* à un jugement d'adoption péruvien, tant au regard de l'article 8 qu'au regard des articles 8 et 14 combinés. Cette double condamnation est sévère et inhabituelle, au regard de la pratique de la Cour²¹⁰⁰. Dans l'affaire *Negrepointis-Giannisis*, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention, les motifs avancés par les juridictions internes pour refuser de reconnaître l'adoption du requérant ne répondant pas à un besoin social impérieux. Ils n'étaient donc pas proportionnés au but légitime poursuivi en ce qu'ils ont eu pour effet la négation du statut de fils adoptif du requérant. La Cour européenne

²⁰⁹⁷ *Marckx c/ Belgique*, préc. § 31.

²⁰⁹⁸ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, préc. § 117 ; *Negrepointis-Giannisis c/ Grèce*, préc., § 55.

²⁰⁹⁹ *Negrepointis-Giannisis c/ Grèce*, préc., § 55.

²¹⁰⁰ P. Kinsch, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », préc.

semble imposer à l'Etat de reconnaître le jugement étranger établissant un lien de filiation en se fondant, d'une part, sur l'appréciation de la « qualité » de l'interdiction en cause et d'autre part, sur l'appréciation concrète de la réalité sociale dans chaque cas d'espèce. En soulignant que le refus de reconnaître le lien de filiation établi à l'étranger constitue une ingérence disproportionnée sur la vie familiale des intéressés (A.), il semble que c'est l'appréciation de la « qualité » de l'interdiction qui constitue le point décisif pour la Cour, lui permettant d'imposer aux Etats de reconnaître les liens de filiation dans les cas d'espèce (B.).

A. L'appréciation concrète de la réalité sociale

731 Obligation négative. Dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*²¹⁰¹, le refus par les tribunaux luxembourgeois d'accorder *l'exequatur* au jugement étranger, résultait de l'absence dans la législation luxembourgeoise de disposition permettant à une personne non mariée d'obtenir l'adoption plénière d'un enfant. Toutefois, l'obligation de reconnaître le jugement d'adoption prononcé à l'étranger est formulée par la Cour européenne de manière négative car elle a estimé que ce refus représentait en l'espèce une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale des requérantes. Dans l'affaire *Negrepontis-Giannisis*, la Cour a admis la réalité d'une vie familiale entre le requérant et son père adoptif en constatant que les autorités judiciaires américaines avaient émis un acte censé produire des effets dans la vie quotidienne du requérant et de sa famille. Ainsi, « il ne fait pas de doute que la vie privée et familiale du requérant a été perturbée par le refus des juridictions grecques de reconnaître son adoption, ce qui a constitué, de l'avis de la Cour une ingérence incontestable dans le droit protégé par l'article 8 »²¹⁰². Ce choix de statuer sur le terrain de l'ingérence implique donc un contrôle plus strict de la part de la Cour que lorsqu'elle choisit de statuer sous l'angle de l'obligation positive²¹⁰³.

732 But légitime. La Cour a considéré dans les deux arrêts que l'ingérence avait une base légale²¹⁰⁴. S'agissant du but légitime, dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, la Cour a relevé que l'argument du Gouvernement luxembourgeois selon lequel le refus de *l'exequatur* du jugement d'adoption péruvien tendait à protéger « la

²¹⁰¹ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, préc., § 123, nous soulignons.

²¹⁰² *Negrepontis-Giannis c/ Grèce*, préc., § 58.

²¹⁰³ *GACEDH*, n°2.

²¹⁰⁴ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, préc., § 125 ; *Negrepontis-Giannis c/ Grèce*, préc., § 66.

santé et la morale » et les « droits et libertés » de l'enfant, n'était pas déraisonnable et la Cour était du même avis sur ce point²¹⁰⁵. Dans l'affaire *Negrepontis-Giannisis*, admettant que l'Etat peut refuser de reconnaître la force de chose jugée et la force exécutoire d'une décision étrangère si elle est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, la Cour européenne a considéré que le refus de reconnaître le jugement d'adoption étranger dans le cas d'espèce poursuivait un but légitime²¹⁰⁶. Mais elle exige, de la part des autorités internes, une appréciation concrète des faits pour démontrer que l'ingérence litigieuse était proportionnée par rapport à la réalité sociale et la situation des personnes concernées.

733 Difficultés rencontrées dans la vie quotidienne. C'est l'absence d'un examen concret de la situation qui a été condamnée par la Cour dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.*²¹⁰⁷. Ainsi, elle a relevé que « les autorités nationales ont refusé une reconnaissance de cette situation en faisant prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises sur la réalité sociale et sur la situation des personnes concernées pour appliquer les limites que la loi luxembourgeoise pose à l'adoption plénière »²¹⁰⁸. Le raisonnement de la Cour est sur ce point intéressant car elle convoque pour la première fois, l'exigence d'examiner « la réalité sociale et la situation des personnes concernées », notamment la situation de l'enfant, qui pourrait dans certaines hypothèses prévaloir sur les règles de conflit des Etats. En l'espèce, elle a relevé que l'enfant avait été placée dans un orphelinat après le décès de sa mère biologique et par conséquent, c'était l'intérêt de celle-ci qui s'opposait au refus de reconnaissance du jugement d'adoption péruvien²¹⁰⁹. De plus, en raison de l'adoption plénière intervenue valablement au Pérou, les liens entre l'enfant et sa famille d'origine ont été rompus de sorte qu'elle n'avait plus de famille biologique²¹¹⁰. Par ailleurs, sous l'angle des articles 8 et 14 combinés, la Cour a considéré que la différence de traitement existant au quotidien entre un enfant étranger bénéficiant d'une adoption plénière et un enfant étranger ne profitant que d'une adoption simple était injustifiable. En l'espèce, les liens de la deuxième requérante étaient rompus avec sa famille d'origine, mais aucun lien de substitution plein et entier n'existait avec sa mère adoptive. Elle se retrouvait dès lors dans un vide juridique que

²¹⁰⁵ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, préc., § 126.

²¹⁰⁶ *Negrepontis-Giannis c/ Grèce*, préc., § 67.

²¹⁰⁷ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, préc., § 135.

²¹⁰⁸ *Ibid.*, § 133.

²¹⁰⁹ *Ibid.*, § 134.

²¹¹⁰ *Ibid.*

l'adoption simple accordée entre-temps n'a pas comblé. Faute d'avoir acquis la nationalité luxembourgeoise, l'enfant ne bénéficiait pas, par exemple, de la préférence communautaire. Surtout, depuis son arrivée au Luxembourg il y a plus de dix ans, elle devait obtenir régulièrement des autorisations de séjour et se procurer un visa pour se rendre dans certains pays. La Cour a également estimé que M^{me} Wagner subissait au quotidien, par ricochet, les inconvénients causés à son enfant et une autorisation de séjour devait ainsi être demandée à intervalles réguliers²¹¹¹.

734 Primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour rappelle que les obligations positives que l'article 8 fait peser sur les Etats contractants en la matière, doivent s'interpréter à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989²¹¹² et que « c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires »²¹¹³. C'est pourquoi elle a conclu dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* qu'aucun motif ne justifiait pareille discrimination, et en tout état de cause, l'enfant « ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables »²¹¹⁴. Selon le professeur Marguénaud, la Cour confère une originalité certaine à l'interprétation évolutive et consensuelle en l'organisant à partir de « la réalité sociale de la situation » qui aurait dû prévaloir sur les règles de conflit luxembourgeoises dans la mesure où son analyse faisait évidemment ressortir que l'intérêt supérieur de l'enfant maltraitée, abandonnée et placée dans un orphelinat, s'opposait non pas à son adoption plénière par une personne célibataire mais, justement, au refus de la reconnaissance du jugement étranger qui l'avait prononcée²¹¹⁵.

735 Réalité du lien. Dans l'affaire *Negrepointis-Giannisis*, la Cour européenne fait subordonner la reconnaissance des effets du jugement étranger en Grèce à l'effectivité du lien unissant l'adoptant et adopté²¹¹⁶. En l'espèce, elle a souligné la réalité de la filiation adoptive, en admettant que l'adoption reflétait la volonté de deux adultes, et qu'elle a été prononcée après vérification par les autorités américaines de la réalité du lien qui les unissait. Considérant qu'elle n'avait pas à vérifier elle-même si une véritable

²¹¹¹ *Ibid.*, § 108 et §§ 155 à 157.

²¹¹² *Ibid.*, § 120.

²¹¹³ *Ibid.*, § 133.

²¹¹⁴ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, préc., § 158 ; *Mazurek c/ France*, préc., § 54.

²¹¹⁵ J.-P. Marguénaud, « L'état civil dans tous ses états : la transcription des jugements étrangers d'adoption plénière par une personne célibataire », *RTD Civ.* 2007, p. 738.

²¹¹⁶ En ce sens, A. Gouttenoire, « La Cour européenne des droits de l'homme, le moine et l'enfant... », *Lexbase Hebdo édition privée* 2012, n° 439, n° Lexbase N1510BSQ.

relation père-fils existait entre le requérant et son père adoptif, la Cour a estimé que l'adoption était censée produire des effets dans la sphère de la vie privée et familiale, et que celle-ci a été perturbée par le refus de reconnaissance de l'adoption. De plus, la Cour a souligné que l'adoption litigieuse a eu lieu en 1984, c'est-à-dire vingt-quatre ans avant que la Cour de cassation n'y mette un terme par ses arrêts. Les parties n'avaient fourni aucun élément tendant à démontrer que la réalité des liens entre le requérant et son père adoptif ait été remis en cause avant que la question de la succession ne se posait²¹¹⁷. En soulignant la réalité du lien, tant pour dire qu'il existait une ingérence dans le cas d'espèce, que pour dire que cette ingérence n'est pas proportionnée, « la réalité de la vie familiale constitue ainsi, selon la Cour européenne, à la fois une condition de la reconnaissance du jugement étranger mais également l'objectif poursuivi par cette reconnaissance, c'est-à-dire permettre à l'enfant de bénéficier de tous les effets du lien de filiation judiciairement établi »²¹¹⁸.

B. L'appréciation de la « qualité » de l'interdiction

736 **Mise en balance des intérêts.** Selon la Cour, en matière d'adoption internationale, une large marge d'appréciation doit être accordée à l'Etat. Mais elle souligne que l'étendue de cette marge varie selon les circonstances, les domaines et le contexte, et la présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard²¹¹⁹. Dans tous les cas, le fait que l'ingérence tire sa source de l'ordre public international ne semble pas changer le degré du contrôle de la Cour. En effet, celle-ci opère un contrôle de proportionnalité au cours duquel elle vérifie que l'ingérence répond bien à un besoin social impérieux et est proportionnée. Il n'est pas certain que la méthode du droit international privé retenue par le juge constitue en elle-même un obstacle²¹²⁰.

737 **Consensus.** Dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.*, la Cour a souligné la position isolée du Luxembourg qui n'ouvrait l'adoption plénière qu'aux époux. Selon elle, la reconnaissance de l'adoption plénière par les célibataires se situait « à un stade avancé d'harmonisation en Europe », la majorité des Etats membres autorisant sans limitation

²¹¹⁷ *Negrepontis-Giannis c/ Grèce*, préc., §§ 75 et s.

²¹¹⁸ A. Gouttenoire, « La Cour européenne des droits de l'homme, le moine et l'enfant... », préc.

²¹¹⁹ *Negrepontis-Giannis c/ Grèce*, préc., § 69.

²¹²⁰ A. Dionisi-Peyrusse, « Convention européenne des droits de l'homme (articles 8, 14, 6 et article 1^{er} du Protocole n° 1 », *JDI* 2012, n°1, p. 7.

une telle adoption²¹²¹. C'est notamment cette constatation, combinée aux difficultés rencontrées par l'enfant et sa mère adoptive dans leur vie quotidienne²¹²² qui a permis à la Cour de condamner le Luxembourg. Dans l'affaire *Emonet c/ Suisse* du 13 décembre 2007²¹²³ concernant l'adoption de l'enfant par le concubin de la mère, la Cour a utilisé le même raisonnement pour imposer aux Etats une obligation d'ouvrir l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels non mariés²¹²⁴. A l'inverse, dans l'affaire *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni* du 22 avril 1997²¹²⁵, en constatant que le droit paraissait traverser une phase de transition²¹²⁶, la Cour n'a pas imposé aux Etats une obligation d'enregistrer un transsexuel comme père de l'enfant né d'une insémination artificielle avec donneur.

738 Actualité de l'interdiction. Dans l'affaire *Negrepontis-Giannisis*, la Cour européenne a admis que l'évolution de la société pouvait avoir des conséquences sur la conformité des dispositions du droit interne à la Convention européenne, même lorsqu'il s'agissait d'une disposition d'ordre public. En l'occurrence, la Cour a souligné qu'elle attachait beaucoup d'importance à la nature des règles sur lesquelles s'était fondée la juridiction grecque pour déclarer que l'adoption par un moine s'opposait à l'ordre public. Ainsi, elle a relevé que les motifs d'ordre public invoqués par la Cour de cassation grecque étant trop anciens, trop religieux et trop peu en phase avec l'évolution de la société grecque, ces règles étant toutes de nature ecclésiastique et datant du septième et huitième siècles²¹²⁷. La Cour a également souligné que la loi actuelle autorisait le mariage des moines²¹²⁸. Dans le même sens, la Cour a relevé l'opinion des juges dissidents de la Cour de cassation grecque selon laquelle il n'existait aucune disposition de loi nationale interdisant à un moine ou à un membre du clergé, tous degrés confondus, et par conséquent, à un évêque, de procéder à une adoption²¹²⁹. Les juges ont par ailleurs souligné que la question avait donné lieu à de fortes dissensions au sein de la communauté juridique et ne se heurtait pas à une règle ou à un principe d'une

²¹²¹ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, préc., § 129.

²¹²² Voir *Supra.*, n° 733.

²¹²³ *Emonet c/ Suisse* du 13 décembre 2007, req. n° 39051/03 : *JDI* 2008, n° 3, p. 815, obs. A. Jauréguiberry ; *RTD civ.* 2008, n° 2, p. 272, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2008, n° 2, p. 255, obs. J.-P. Marguénaud et P. Remy-Corlay.

²¹²⁴ Voir *Infra.*, n° 771.

²¹²⁵ *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni* du 22 avril 1997, req. n° 21830/93 : *JCP G* 1998, I, 107.

²¹²⁶ *Ibid.*

²¹²⁷ *Negrepontis-Giannisis c/ Grèce*, préc., § 72.

²¹²⁸ *Ibid.*

²¹²⁹ *Ibid.*, § 73.

importance fondamentale majeure et reflétant une conviction sociale et religieuse ferme en Grèce²¹³⁰. Ces éléments tendaient à montrer que l'interdiction de l'adoption par un moine ne reflétait pas avec certitude la volonté du législateur contemporain. Il résultait donc de cette analyse que la contrariété à l'ordre public évoquée par les autorités nationales pour refuser de reconnaître le jugement d'adoption pouvait être contestable aux yeux de la Cour.

739 Bonne foi. Par ailleurs, dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.*, la Cour a consolidé son argumentation par une référence appuyée à la notion d'espérance légitime. Elle a ainsi constaté que la première requérante a entrepris les démarches de bonne foi²¹³¹ car il existait au Luxembourg une pratique selon laquelle les jugements péruviens ayant prononcé une adoption plénière étaient reconnus de plein droit (plusieurs femmes célibataires avaient ainsi pu transcrire un tel jugement à l'état civil sans devoir demander *l'exequatur*). Les requérantes pouvaient ainsi légitimement s'attendre à ce que l'officier d'état civil procède à la transcription du jugement péruvien à leur retour au Luxembourg. Toutefois, la pratique avait subitement été abrogée et leur dossier fut soumis aux juges.

740 Portée de la jurisprudence. Les auteurs pensent qu'en consacrant, dans le cadre d'une adoption internationale, un droit à l'adoption plénière au profit des célibataires, la Cour européenne ouvre assurément la porte à la reconnaissance des jugements étrangers d'adoption plénière prononcées au profit de personne homosexuelle, célibataire ou non²¹³². Par ailleurs, si la Cour européenne semble permettre de faire prévaloir la réalité sociale sur la règle de conflit des Etats, ce n'est que lorsque l'interdiction d'adoption en cause « ne répond pas à un besoin social impérieux ». A l'inverse, et on peut penser à l'hypothèse de la reconnaissance de la filiation de l'enfant issu de la gestation pour autrui à l'étranger, lorsque la norme invoquée est solidement établie et qu'elle répond incontestablement à un besoin social impérieux, le refus de reconnaissance d'une adoption prononcée à l'étranger ne devrait pas constituer une violation de l'article 8. La Cour européenne est, pour partie, d'accord avec cette analyse.

²¹³⁰ *Ibid.*

²¹³¹ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, préc, § 130.

²¹³² J.-F. Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2007, p. 1918 ; J.-P. Marguénaud, « L'état civil dans tous ses états : la transcription des jugements étrangers d'adoption plénière par une personne célibataire », préc.

§ 2 : La reconnaissance de la filiation de l'enfant né à l'issue de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger

741 Problème. La gestation pour autrui est interdite par les droits internes de plusieurs Etats en Europe. Profitant de la diversité juridique, les futurs parents partent à l'étranger pour « obtenir » les enfants dans le cadre de la GPA dans les pays où cette pratique est autorisée. Les enfants sont nés à l'étranger et leurs liens de filiation avec leurs « parents d'intention » sont légalement établis, conformément à la loi des Etats pratiquant la GPA. Toutefois, au retour dans leur propre pays, les autorités compétentes refusent de reconnaître ces liens de filiation, en considération de l'illicéité originare de la situation. La victime la plus touchée de cette situation n'est autre que l'enfant lui-même. Celui-ci se retrouve sans filiations à l'égard de ses parents, situation qui est loin d'être conforme à son intérêt.

742 Exemple français. Dans les affaires *Mennesson et Labassee c/ France* du 26 juin 2014²¹³³, la question qui se pose devant la Cour européenne concerne le refus en droit français de reconnaître la filiation légalement établie à l'étranger des enfants nés de la GPA. Dans les deux affaires, les enfants sont nés d'une GPA, avec l'implantation d'embryons issus des gamètes du père d'intention et d'un ovule issu d'un don, dans l'utérus d'une autre femme. Des jugements, prononcés aux Etats-Unis dans les deux affaires, indiquaient que les époux Mennesson étaient les parents des jumelles et les époux Labassee étaient les parents de leur enfant. Suspectant des cas de GPA, les autorités françaises ont refusé de retranscrire les actes de naissance sur les registres de l'état civil français. Dans l'affaire *Mennesson*, la retranscription a été effectuée sur instruction du parquet, lequel a assigné ensuite les époux aux fins d'annulation. Dans l'affaire *Labassee*, les époux n'ont pas contesté le refus de transcription. Ils ont essayé de faire reconnaître le lien de filiation par la voie de la possession d'état et obtenu un acte de notoriété. Mais le parquet a refusé d'en porter mention à l'état civil. Les requérants dans les deux affaires ont donc saisi les juridictions mais ont été

²¹³³ *Mennesson et Labassee c/ France* du 26 juin 2014, req. n° 65192/11 et 65941/11 : *D.* 2014, n° 31, p. 1773, obs. H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon ; *D.* 2014, n° 31, p. 1787, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *D.* 2014, n° 31, p. 1797, note F. Chénédy ; *D.* 2014, n° 31, p. 1806, obs. L. d'Avout ; *AJDA* 2014, chron n° 31, p. 1772, obs. L. Burgogue-Larsen ; *Revue générale du droit* 2014, n° 3, obs. M. Doulet ; *JCP G* 2014, n° 28, p. 1409, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2014, n° 30, p. 1486, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2014, n° 38, p. 1650 ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 204-205, p. 12, obs. E. Viganotti ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 257-259, p. 44, obs. S. Hamou ; *RJPF* 2014, n° 9, p. 46, obs. T. Garé.

définitivement déboutés par la Cour de cassation le 6 avril 2011²¹³⁴, au motif que de telles transcriptions ou inscriptions, donnant effet à une convention de GPA, étaient nulles d'une nullité d'ordre public selon le Code civil français. La Cour de cassation a, en outre, choisi de ne pas faire usage de l'ordre public dans son effet atténué, qui aurait permis d'accueillir en France des situations régulièrement acquises à l'étranger. Selon elle, sa décision ne portait pas atteinte ni à l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par l'article 3 § 1 de la CIDE ni au droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme car l'absence de transcription ne privait pas les enfants de la filiation paternelle et maternelle établie par le droit étranger et elle ne les empêchait pas de vivre en France avec les parents d'intention.

743 Réponse de la Cour européenne. La Cour européenne se trouve dans une situation délicate car elle doit trouver un juste équilibre entre la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de la souveraineté des Etats refusant de légaliser une technique de procréation très discutée. Soulignant qu'il se posait dans les cas d'espèce, « une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant »²¹³⁵, la Cour, sur le fondement distinct de la vie familiale et de la vie privée, a estimé, d'une part, que le refus de transcription des actes de naissance ne constituait pas une atteinte au droit au respect de la vie familiale de tous les requérants, parents et enfants²¹³⁶. Mais elle a estimé, d'autre part, que ce même refus heurtait au droit au respect de la vie privée des enfants en ce qu'il empêchait l'établissement de leur filiation paternelle biologique, considérée comme un élément essentiel de l'identité de chacun.

744 Solution équilibrée et satisfaisante. La Cour européenne a ainsi rendu, des décisions très bien équilibrées et satisfaisante²¹³⁷ car, en distinguant les deux fondements, elle parvenait à la fois à respecter la politique des Etats membres sur la GPA et à protéger les liens de filiation de l'enfant (A.). Toutefois, la Cour n'a choisi de

²¹³⁴ Cass, Civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n° 09-66486, n° 10-19.053 et n° 09-17.130.

²¹³⁵ *Mennesson c/ France*, préc., § 99.

²¹³⁶ Cette solution est confirmée dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c/ Italie* du 27 janvier 2015, req. n° 25358/12 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2015, étude 11, J.-B. Walter ; *JCP G* 2015, act. 194, note F. Sudre ; *AJPF* avr. 2015, p. 11, obs. I. Corpart ; *AJF* 2015, p. 165, obs. E. Viganotti ; *Lexbase Hebdo – édition privée générale* 2015, n° 601, obs. A. Gouttenoire.

²¹³⁷ En ce sens, A. Gouttenoire, « Convention de gestation pour autrui – Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant », préc. ; F. Sudre, *JCP G* 2014, chron., n° 28, p. 1409 ; H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », *JDI* 2014, n° 2, var. 2.

régler qu'une partie du problème, c'est-à-dire le sort de l'établissement de la filiation biologique, et a choisi de faire une impasse absolue sur la question de l'établissement du lien de filiation entre les enfants et le « parent d'intention », question pourtant posée par les requérants dans les deux arrêts. Ce qui fait que finalement la solution rendue par la Cour européenne ne peut être considérée que comme une amélioration partielle de la protection des filiations des enfants issus de la GPA (B.).

A. L'équilibre entre le respect de la politique de l'Etat sur la gestation pour autrui et la protection de la filiation de l'enfant

745 Existence d'une base légale et d'un but légitime. La Cour européenne, en accord avec les parties, a considéré qu'il y a eu ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 8 dans les volets « vie familiale » et « vie privée ». Se plaçant, comme dans l'hypothèse de la reconnaissance des jugements d'adoption internationale, sur le terrain des « obligations négatives », elle a considéré que les mesures incriminées avaient une base en droit interne et que la loi en cause était accessible, justiciable et prévisible. Soulignant que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une GPA et les parents d'intention, procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire. De plus, la Cour a admis que l'ingérence poursuivait un but légitime consistant à protéger des enfants et des femmes, essentiellement de la mère porteuse²¹³⁸.

746 Détermination de la marge d'appréciation de l'Etat. La Cour européenne a observé que dans les cas d'espèce, il n'y a pas de consensus ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants légalement conçus à l'étranger. L'étude du droit comparé réalisée par la Cour, montre la diversité d'approches des législations européennes. Sur un échantillon de trente-cinq Etats parties à la Convention – autre que la France – étudiés, la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze Etats (sept l'autorisent). Treize des trente-cinq Etats acceptent de reconnaître la filiation, au moins paternelle, des enfants issus de la GPA légalement réalisées à l'étranger²¹³⁹. Pour la Cour, cette absence de consensus « reflète le fait que le recours à la gestation

²¹³⁸ *Mennesson c/ France*, préc., § 62.

²¹³⁹ *Ibid.*, § 78.

pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique »²¹⁴⁰. Par conséquent, elle a admis que les Etats devaient se voir accorder une ample marge d'appréciation s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation, mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention. Mais elle a estimé que cette marge devait être relativisée en l'espèce dès lors qu'était en jeu la filiation qui constitue un aspect essentiel de l'identité des individus²¹⁴¹ et que chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer²¹⁴².

747 Distinction. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il faut distinguer entre le droit de tous les requérants, parents et enfants, au respect de leur vie familiale, d'une part, et le droit des enfants au respect de leur vie privée, d'autre part²¹⁴³. En faisant ainsi la Cour, d'un côté, respecte la politique de l'Etat sur la gestation pour autrui (1°), et de l'autre côté, parvient à protéger les liens de filiation des enfants issus de cette technique réalisée à l'étranger (2°).

1° Le respect de la politique de l'Etat sur la gestation pour autrui

748 Ingérence dans le droit au respect de la vie familiale. Examinant les affaires sous l'angle du droit au respect de la vie familiale des requérants, la Cour européenne a considéré que le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants et les parents d'intention affectait nécessairement leur vie familiale²¹⁴⁴. Ainsi, elle a constaté que les requérants se voyaient contraints de produire les actes d'état civil américain – non transcrits – accompagnés d'une traduction assermentée chaque fois que l'accès à un droit ou à un service nécessitait la preuve de la filiation. Par ailleurs, les enfants requérantes ne s'étaient pas vues reconnaître à ce jour la nationalité française, ce qui avait des conséquences sur les déplacements de la famille et suscitait des inquiétudes quant au droit de séjour des enfants requérantes en France après leur majorité et quant à la stabilité de la cellule familiale. À cela s'ajoutaient des inquiétudes

²¹⁴⁰ *Ibid.*, § 79.

²¹⁴¹ *Ibid.*, § 80.

²¹⁴² *Ibid.*, § 81.

²¹⁴³ *Ibid.*, § 86.

²¹⁴⁴ *Ibid.*, § 87.

quant au maintien de la vie familiale en cas de décès du requérant père génétique ou de séparation du couple²¹⁴⁵.

749 Approche minimaliste. Cependant, la Cour a adopté ici une approche minimaliste, se contentant d'observer qu'une vie familiale de fait avait pu s'établir malgré sa reconnaissance juridique. Ainsi, « quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants », la Cour a estimé « qu'il lui faut se déterminer *au regard des obstacles concrets* que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre [les parents intention et leurs enfants] »²¹⁴⁶. A ce titre, elle a estimé que dans les cas d'espèce, les requérants ne prétendaient pas que les difficultés qu'ils évoquaient étaient insurmontables et ne démontraient pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêchait de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale²¹⁴⁷. Pour conclure à la non-violation du droit au respect de la vie familiale dans le chef de tous les requérants, la Cour a souligné le fait qu'ils ont pu s'établir en France peu de temps après la naissance des enfants requérantes et qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble « dans des conditions globalement comparables » à celles dans lesquelles vivent les autres familles et il n'y avait pas lieu de penser qu'il y aurait un risque de séparation de la famille en raison de leur situation au regard du droit français²¹⁴⁸.

750 Cohérence de la jurisprudence. La Cour européenne, dans les affaires *Mennesson* et *Labassee*, a suivi la ligne de sa jurisprudence déjà remarquée particulièrement dans l'arrêt *Harroudj c/ France* du 4 octobre 2012²¹⁴⁹ relatif aux enfants recueillis dans le cadre d'une *Kafala* et dont l'adoption est interdite en France. Ainsi, lorsque la reconnaissance juridique de la vie familiale se heurte à un obstacle juridique, l'analyse de la cour consiste à ne pas forcément déduire de l'existence de la vie familiale, sa reconnaissance juridique dès lors que les personnes en cause peuvent concrètement vivre comme une vie famille normale²¹⁵⁰. Selon la Cour, l'atteinte portée

²¹⁴⁵ *Ibid.*, §§ 87 à 91.

²¹⁴⁶ *Ibid.*, § 92, nous soulignons.

²¹⁴⁷ *Ibid.*

²¹⁴⁸ *Ibid.*

²¹⁴⁹ *Harroudj c/ France* du 4 octobre 2012, req. n° 43631/09 : *D.* 2012, p. 2392 ; *JCP G* 2012, 1945, obs. G. Gonzalez ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012, obs. N. Hervieu ; *Dalloz actualité*, 17 octobre 2012, obs. M. Kebir ; *AJF* 2012, p. 546, obs. A. Boiché ; *RLDF* 2012, chron. n° 25, obs. C. Siffrein-Blanc.

²¹⁵⁰ Voir *Infra.*, n° 799 et s.

au respect de la vie familiale par le défaut de sa reconnaissance juridique n'est pas suffisamment grave pour constituer une violation dès lors que cette vie familiale peut s'épanouir en fait. Par ailleurs, la reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger doit également reposer sur la vérification de la confiance légitime des parties dans la stabilité de la situation acquise à l'étranger²¹⁵¹. Ainsi, dans l'arrêt *Wagner*, la mère adoptive pouvait légitimement s'attendre à ce que l'officier de l'état civil procède à la transcription du jugement péruvien car, au moment où la décision péruvienne a été rendue, les jugements étrangers d'adoption étaient transcrits sans aucune procédure particulière. C'est l'abrogation de cette pratique qui a créé un décalage entre l'attente légitime et la réalité. Dans l'arrêt *Negrepontis*, cette confiance légitime résultait du lien existant entre les parties à l'adoption et le pays où le jugement d'adoption a été rendu : les parties à l'adoption vivaient dans ce pays et ont ensuite continué à y vivre pendant quatorze ans. A la différence de ces deux derniers arrêts, dans les affaires *Menesson* et *Labassée*, la Cour a souligné que les parents d'intention ne pouvaient pas légitimement s'attendre à ce que la filiation soit reconnue en France.

751 **Sujet sensible.** Malgré l'analyse détaillée des faits d'espèce et du droit positif français, le raisonnement de la Cour européenne sur le fondement de la protection de la vie familiale montre sa volonté de ne pas trancher elle-même le débat²¹⁵² lorsqu'elle a estimé que la GPA est un sujet sensible dont l'« absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique »²¹⁵³. Ce qui explique pourquoi la Cour semble être moins exigeante en matière de la GPA qu'en matière d'adoption internationale²¹⁵⁴. S'agissant de la question concernant la GPA, la Cour refuse d'imposer aux Etats la reconnaissance juridique de la vie familiale lorsque cette reconnaissance impliquerait une violation d'une règle impérative de leur ordre juridique. Ce faisant, « la Cour écarte tout risque de consacrer de près ou de loin un droit à l'enfant »²¹⁵⁵.

²¹⁵¹ P. Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in P. Lagarde (ss dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé* : *Pedone*, 2013, p. 43, spéc. p. 50-51.

²¹⁵² *Ibid.*

²¹⁵³ *Menesson c/ France*, préc., § 79.

²¹⁵⁴ Voir *Supra.*, n° 736 et s.

²¹⁵⁵ A. Gouttenoire, « Convention de gestation pour autrui – Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant », préc.

2° L'exigence de protection de la filiation de l'enfant issu de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger

752 Distinction entre le droit des parents et le droit de l'enfant. Si la Cour européenne admet que les Etats prohibent les conventions de gestation pour autrui sur leur territoire et qu'ils prennent les mesures nécessaires pour que soit respectée cette interdiction, elle accepte de contrôler les effets de ces mesures sur les enfants concernés. Ainsi, malgré l'acceptation de la position française sur la GPA, la Cour européenne a condamné tout de même la France, en ce qu'elle n'a pas pu protéger suffisamment les liens de filiation de l'enfant issu de la GPA réalisée à l'étranger.

753 Droit au respect de la vie privée. En statuant sur le fondement du respect de la vie privée des enfants concernés²¹⁵⁶, la Cour européenne, contrairement à la Cour de cassation, a accepté d'appliquer le principe de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant et de vérifier si les mesures prises par les États pour faire respecter la prohibition de la gestation pour autrui conclue à l'étranger, n'étaient pas contraires à cet intérêt, dont la Cour européenne entend faire une analyse concrète²¹⁵⁷. Ainsi, la Cour a rappelé l'importance de la filiation en tant que l'identité de chacun et que le respect de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme exigeait que « chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain » dont la filiation est un aspect essentiel²¹⁵⁸. Elle a également énoncé les difficultés engendrées pour les enfants en matière de succession et de nationalité. Sur la nationalité, elle a rappelé que, même si l'article 8 « ne garantit pas un droit d'acquérir une nationalité particulière, il n'en reste pas moins que la nationalité est un élément de l'identité des personnes ». Or, les enfants étaient confrontés dans ce domaine à une « troublante incertitude »²¹⁵⁹. La Cour a rappelé également que les enfants n'avaient pas fait le choix des modalités de leur procréation et s'il lui apparaissait « concevable » que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode qu'elle prohibait

²¹⁵⁶ L. Burgorgue-Larsen, *AJDA* 2014, chron. n° 31, p. 1772: Selon l'auteur, cette *summa divisio* entre vie familiale et vie privée n'est pas si courante dans le contentieux tiré de l'article 8 et mérite donc d'être relevée. Il faut dire qu'elle servit à la Cour pour faire comprendre qu'en réalité les choix (louable) du législateur français avalisés par la Cour de cassation n'avaient pas suffisamment pris en compte les dégâts collatéraux sur les enfants nés de la mise à exécution de ces contrats.

²¹⁵⁷ A. Gouttenoire, « Convention de gestation pour autrui – Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant », préc.

²¹⁵⁸ *Menesson c/ France*, préc., §§ 46, 80 et 96.

²¹⁵⁹ *Ibid.*, § 97.

pour de justes motifs sur son territoire, elle a constaté que sa position affectait, non seulement les parents qui seuls avaient fait le choix de modalités de procréation que reprochent les autorités françaises, mais également les enfants dont le droit au respect de la vie privée, qui impliquait que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouvait significativement affecté. Ainsi, la Cour ramène les Etats à la raison : quelle que soit la force des principes que les Etats entendent défendre, le comportement des parents ne peut priver l'enfant de ses droits, ni porter une atteinte disproportionnée à son intérêt²¹⁶⁰. Le raisonnement de la Cour sur ce point suit la logique de l'arrêt *Mazurek c/ France* du 1^{er} février 2000²¹⁶¹ dans lequel elle a considéré que les enfants ne doivent pas subir les conséquences négatives des choix de leurs parents.

754 Protection limitée. En prononçant que « cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant »²¹⁶², la Cour européenne a limité la possibilité d'établir la filiation des enfants nés de la GPA réalisée à l'étranger en précisant que seule la filiation biologique fait partie de l'identité de l'enfant. Dans la ligne de sa jurisprudence antérieure *Jäggi c/ Suisse* du 13 juillet 2006²¹⁶³ et *Mikulic c/ Croatie* du 7 février 2002²¹⁶⁴, la Cour a souligné qu'« on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance »²¹⁶⁵. Par conséquent, le refus de transmission des actes de naissance des enfants, ainsi que la prohibition par la jurisprudence française de consacrer la filiation paternelle par la reconnaissance de paternité, de l'adoption et par l'effet de la possession d'état des enfants nés dans cette situation, a amené la Cour à conclure à la violation du droit au respect de la vie privée dans le chef des enfants requérants « compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie

²¹⁶⁰ H. Fulchiron, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », *D.* 2014, p. 1773.

²¹⁶¹ *Mazurek c/ France* du 1^{er} février 2000, *GACEDH* n° 54 ; *JCP G* 2000, II, 10286, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RTD civ.*, 2000, 311, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2000, 429, obs. J.-P. Marguénaud.

²¹⁶² *Menesson c/ France*, préc., § 100.

²¹⁶³ *Jäggi c/ Suisse*, préc.

²¹⁶⁴ *Mikulic c/ Croatie* du 7 février 2002, req. n° 53176/99 : *Europe* 2002, n° 5, p. 30, obs. N. Deffains ; *JCP G* 2002, chron. n° 31, p. 1453, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, n° 4, p. 795, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2002, n° 4, p. 866, obs. J.-P. Marguénaud.

²¹⁶⁵ *Menesson c/ France*, préc., § 100.

privée » de ces dernières²¹⁶⁶. La Cour européenne emploie ici une formule quelque peu ambiguë²¹⁶⁷ donnant ainsi un contenu à l'intérêt supérieur de l'enfant, apprécié de manière abstraite et générale. Le démenti adressé à la Cour de cassation, qui avait jugé que le refus de transcription sur les registres de l'état civil ne portait atteinte « ni au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention [...], non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3, § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant [...] », est cinglant²¹⁶⁸.

755 Interrogation sur la portée des décisions. La question qui suit est évidemment celle de la portée de telles décisions, car si la Cour européenne sanctionne la France, cette condamnation est limitée par la distinction qu'elle opère entre l'importance de la filiation biologique et la seule filiation juridique. Le seul reproche que l'on peut adresser à la Cour européenne dans les cas d'espèce est le fait d'omettre de répondre sur la question de la filiation maternelle de la mère d'intention, question pourtant évoquée dans les deux arrêts. Cette omission a pour résultat de limiter largement la portée des arrêts. L'amélioration qu'apporte la Cour européenne relative à la protection de la filiation des enfants issus de la GPA ne peut finalement être que partielle.

B. Une amélioration partielle de la protection de la filiation de l'enfant issu de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger

756 Distinction. A l'issue des affaires *Menesson* et *Labassee*, la GPA demeure interdite en France au nom de l'ordre public. La Cour européenne n'impose pas non plus la reconnaissance des actes de naissance étrangers. Elle impose simplement l'établissement de la filiation biologique (1°) sans pour autant imposer l'établissement des liens entre l'enfant et la mère « d'intention », même si cette dernière protection s'inscrit dans la logique de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (2°).

1° L'obligation d'établir la filiation biologique

757 Filiation paternelle et maternelle. Dans les affaires *Menesson* et *Labassee*, la Cour européenne avait l'occasion de se prononcer uniquement sur la filiation

²¹⁶⁶ *Ibid.*

²¹⁶⁷ A. Gouttenoire, « Convention de gestation pour autrui – Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant », préc.

²¹⁶⁸ F. Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2014, chron. n° 28, p. 1409.

paternelle car la mère d'intention n'était pas la mère biologique de l'enfant. Cependant, il n'est pas rare que l'enfant soit l'enfant biologique du couple. Il convient ainsi de s'interroger sur la portée des arrêts concernant l'obligation d'établir la filiation biologique tant paternelle que maternelle.

758 Etablissement de la filiation paternelle biologique. La Cour européenne n'impose pas la reconnaissance des actes de naissance étrangers mais simplement l'établissement de la filiation paternelle biologique. Elle n'impose pas non plus les modes d'établissement. Ainsi, la filiation paternelle pourrait être établie suivant les modes d'établissement du droit interne, qu'il s'agisse de la reconnaissance, de la possession d'état ou encore de l'adoption, si l'on permettait au père biologique d'adopter son propre enfant. S'agissant de l'adoption de l'enfant par son père biologique, la Cour a déjà répondu par l'affirmative dans l'affaire *Chavdarov c/ Bulgarie* du 21 décembre 2010²¹⁶⁹. Dans tous les cas, l'établissement de la filiation paternelle biologique ne devrait pas poser de problèmes. Il n'y a, dans l'établissement de la filiation à son égard, ni méconnaissance des principes du droit français, ni fraude, la filiation résultant, non de la convention de mère porteuse réalisée, mais d'une simple fait – le lien génétique. En France, en réponse à la condamnation européenne²¹⁷⁰, la Cour de cassation a validé, le 3 juillet 2015²¹⁷¹, l'inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui, au moins en ce qui concerne la filiation paternelle biologique.

759 Etablissement de la filiation maternelle biologique : problème de définition. La question préliminaire sur l'obligation d'établir la filiation maternelle biologique est de savoir comment définir cette filiation. Les arrêts n'imposent pas d'établir la filiation maternelle si, comme dans les cas d'espèce, la mère d'intention n'est pas également la mère biologique. Mais il n'est pas rare que les enfants soient conçus avec les ovocytes de la mère d'intention. Dans ce cas, la filiation de la mère d'intention devra-t-elle être établie toutes les fois où l'enfant a été conçu avec ses propres ovocytes ? Selon les auteurs²¹⁷², la réponse dépendra de la définition de la filiation maternelle biologique, définition que la Cour omet de donner. Deux éléments de

²¹⁶⁹ *Chavdarov c/ Bulgarie* du 21 décembre 2010, req. n° 3465/03 : *JDI* 2011, n° 2011-4, p. 1345, obs. D. Lachal.

²¹⁷⁰ Voir A. Gouttenoire, « Le monde parallèle du juge en droit de la famille », *Lexbase Hebdo édition privée* 2015, n° 627.

²¹⁷¹ Cass, Ass. Plén., 3 juillet 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002.

²¹⁷² A. Dionisi-Peyrusse, « Actualités de la bioéthique », *AJ fam* 2014, p. 396 ; J. Guillaumé, *JDI* 2014, n° 4, comm. 16.

réponse peuvent être mentionnés. D'une part, la Cour européenne considère que la confrontation entre l'intérêt de l'enfant et l'intérêt de l'État français à faire respecter les valeurs qu'il juge essentielles « prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant ». Ainsi, avec le mot « géniteur », peut-on en conclure que la mère est la génitrice, c'est-à-dire la mère génétique ? L'affirmation n'est pas certaine et de plus, la référence à la gestation est impossible concernant la filiation paternelle. D'autre part, on peut penser qu'il s'agit de la mère génitrice car lorsque la Cour a affirmé que la filiation biologique relevait de l'identité de chacun, elle a cité l'arrêt *Jaggi* dans lequel elle a associé la filiation biologique à l'ADN. Mais il s'agissait à nouveau d'établir une filiation paternelle.

760 Filiation maternelle de la mère d'intention. Si la filiation maternelle biologique doit être définie comme la filiation de la mère gestatrice, la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse ne sera jamais être établie à l'égard de la mère d'intention. Au contraire, si on considère qu'il s'agit de la mère génitrice, dans ce cas, la filiation de la mère d'intention devra être établie lorsque l'enfant a été conçu avec ses propres ovocytes. Pour soutenir cette thèse, il faut observer que dans les deux arrêts commentés, la Cour européenne a insisté sur l'importance de l'enfant de voir sa filiation biologique établie, surtout si elle était souhaitée par les personnes concernées et qu'elle correspondait à la réalité sociale. Toutefois, on se heurte à la règle *mater semper certa* où, pour dire les choses autrement, à l'écran de l'accouchement... En l'état actuel du droit, la règle *mater semper certa* semble donc faire barrage à l'établissement de la maternité biologique de la mère d'intention. La mère d'intention qui apporte ses gamètes n'est pas dans la même situation que le père biologique : la réalité de la grossesse et l'accouchement s'impose comme une évidence, l'égalité homme/femme, père/mère trouve ici ses limites. Seule une réforme du droit de la filiation permettrait de franchir l'obstacle, mais il faudrait alors repenser la notion de filiation elle-même²¹⁷³. À ce jour, en l'absence de définition issue de la Cour européenne, la France peut donc continuer à appliquer l'adage *mater semper certa est*, à l'instar de la plupart des pays européens. Le recours à l'adoption reste possible mais il faut accepter que la mère biologique et d'intention adopte « son » enfant.

²¹⁷³ H. Fulchiron, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », préc.

761 Filiation maternelle de la mère porteuse. Accessoirement, il faut s'interroger également sur la question concernant l'obligation d'établir la filiation maternelle de la mère porteuse lorsqu'on peut qualifier cette filiation de biologique. En effet, cette filiation ne devrait pas être établie même lorsqu'elle est mentionnée dans l'acte de naissance de l'enfant, car elle n'est pas voulue. Il serait absurde de consacrer une maternité qui n'en est pas une, ni au regard du droit étranger, ni au regard de la biologie, ni au regard des faits, puisque la mère a renoncé à ses droits et a confié l'enfant aux parents d'intention. Le problème ne se pose même pas lorsqu'il s'agit de la GPA réalisée dans certains Etats des Etats-Unis. Ainsi, dans ce dernier cas, le parent d'intention apparaît comme « parent légal » de l'enfant en vertu du jugement prononcé selon ladite loi, et la mère porteuse, fût-elle la mère biologique, n'apparaît nulle part en qualité de mère au sens juridique du terme : elle n'est que la femme qui a porté l'enfant. La filiation maternelle de l'enfant reste donc vacante dans tous les cas.

2° L'interrogation sur l'établissement de la filiation de la mère d'intention

762 Absence d'obligation. La Cour européenne, en privilégiant le rapport biologique de paternité, n'impose pas la reconnaissance de la maternité d'intention. Cette solution est cohérente, au regard de la jurisprudence de la Cour mais elle est peut-être insuffisante au regard de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

763 Cohérence de la jurisprudence. En choisissant de se prononcer uniquement sur la filiation paternelle biologique, la Cour semble en réalité limiter sa condamnation à la non-reconnaissance de cette dernière. Ce qui semble impliquer que le défaut de reconnaissance de la filiation maternelle n'est pas, quant à lui, condamnée par le juge européen²¹⁷⁴. Cette solution s'inscrit dans la logique de la jurisprudence de la Cour refusant d'imposer aux États la reconnaissance ou l'établissement d'une filiation qui ne correspond pas à un lien biologique, et même lorsqu'il existe une vie familiale *de facto* entre eux. Les affaires *Menneson* et *Labassee* marquent une cohérence de la jurisprudence avec l'affaire *X., Y., et Z. c/ Royaume-Uni* du 22 avril 1997²¹⁷⁵ dans laquelle la Cour refuse de faire peser sur l'Etat l'obligation positive de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père

²¹⁷⁴ A. Gouttenoire, « Convention de gestation pour autrui – Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant », préc.

²¹⁷⁵ *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni* du 22 avril 1997, req. n° 21830/93 : *JCP G* 1998, I, 107, obs. F. Sudre

biologique. Mais les affaires *Menneson* et *Labassee* se distinguent des affaires *Wagner et J.M.W.L* du 28 juin 2007²¹⁷⁶ et *Negrepontis-Giannisis c/ Grèce* du 3 mai 2011²¹⁷⁷. Dans ces derniers arrêts, le défaut de reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger, était condamné par la Cour. Dans les affaires *Menneson* et *Labassee*, le défaut de reconnaissance d'une filiation légalement établie à l'étranger n'était pas, *en lui-même*, condamné par la Cour. La Cour ne prend donc finalement pas position sur le fait de savoir s'il faut ou pas reconnaître la filiation des enfants nés de convention de gestation pour autrui à l'étranger et condamne seulement, de manière technique et non politique, la distorsion entre la filiation biologique et la filiation juridique²¹⁷⁸.

764 Incohérence juridique. La position de la Cour européenne est raisonnable car la consécration de la filiation de la mère « d'intention » en l'absence du lien biologique aurait pour conséquence d'affaiblir un peu plus l'interdiction de la GPA. Toutefois, selon le professeur Sudre²¹⁷⁹, cette position est source d'incohérence juridique à l'égard de la GPA. D'abord, parce qu'il confère des effets juridiques à une situation formellement interdite par le législateur. Ensuite, parce qu'il place les enfants issus d'une GPA pratiquée à l'étranger dans une situation différente quant à leur filiation paternelle et à leur filiation maternelle lorsque la mère d'intention n'est pas la mère biologique. Néanmoins, si la filiation n'était établie qu'à l'égard du père géniteur, la protection partielle qu'offre la Cour européenne ne semble pas pouvoir protéger suffisamment l'intérêt supérieur de l'enfant en ce domaine.

765 Difficultés dans la vie quotidienne. Même si la Cour n'impose pas l'établissement de la filiation à l'égard de la mère « d'intention », elle donne quand même l'impression de pousser vers la consécration de celle-ci²¹⁸⁰ en soulignant qu'en refusant de consacrer la filiation maternelle de la mère « d'intention », les enfants resteraient amputés d'une partie de leurs droits, restant privés de tout droit au nom, à la nationalité, à la succession du couple parental à l'égard de leur mère « d'intention », sans parler des inconvénients en cas de séparation ou de décès du père. Ainsi, se référant au rapport rendu par le Conseil d'Etat, elle a relevé qu' « en l'absence de

²¹⁷⁶ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, préc.

²¹⁷⁷ *Negrepontis-Giannisis c/ Grèce*, préc.

²¹⁷⁸ A. Gouttenoire, « Convention de gestation pour autrui – Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant », préc.

²¹⁷⁹ F. Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2014, chron. n° 28, p. 1409.

²¹⁸⁰ H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », *JDI* 2014, n° 2, var. 2.

reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d'elle que si elle l'a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s'il était un tiers [...], c'est-à-dire moins favorablement ». Elle a également rattaché cette question à « l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés »²¹⁸¹. De plus, cette filiation a été établie à l'étranger. Elle est même partiellement « importée » en France puisque, selon la Cour de cassation, l'enfant dispose de la filiation établie à l'étranger. Refuser toute possibilité de reconnaître ou de consacrer ces liens sur le seul fondement des circonstances de la naissance ne semble pas être vraiment raisonnable, notamment lorsqu'il est question d'établir en France une filiation conforme à la réalité familiale, respectueuse de l'intérêt de l'enfant et protectrice de ses droits.

766 **Coopération internationale nécessaire.** Il faut rappeler que la Cour a précisé qu'elle n'entendait pas remettre en cause en tant que tel, le mécanisme du droit international privé qu'est l'ordre public international tout en soulignant « la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur des enfants – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale ». Ainsi, sans obliger les Etats à reconnaître la parenté d'intention en tant que telle dans une sorte de nouvelle forme de parenté fondée sur un projet parental voire d'accueillir la GPA en droit interne, les auteurs s'interrogent sur la possibilité de protéger l'intérêt de l'enfant issu de la GPA en passant par une coopération internationale. Selon le Professeur Fulchiron, un instrument international serait certainement le meilleur moyen de garantir le respect d'un minimum d'éthique²¹⁸² car aujourd'hui, il est difficile voire impossible d'empêcher les personnes d'aller chercher dans un autre pays ce qui est interdit sur leur territoire. Cette coopération pourrait donc venir aider à lutter contre le tourisme procréatif et de mieux protéger la situation de toutes les personnes engagées dans ce processus, qu'il s'agisse des parents d'intention, de la mère porteuse et surtout de l'enfant. L'auteur pense que « seule une coopération internationale, sur le modèle de la convention de La Haye en matière

²¹⁸¹ *Mennesson c/ France* préc., § 98.

²¹⁸² H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », préc.

d'adoption internationale, pourrait permettre de trouver un équilibre entre respect des principes défendus par les États et protection des personnes, tout particulièrement de l'enfant »²¹⁸³. En ce qui concerne les parents d'intention, une coopération entre États paraît donc nécessaire, que ce soit pour encadrer le recours à la gestation pour autrui ou, plus largement, pour déterminer dans quelles conditions un individu peut s'affranchir de son statut prohibitif²¹⁸⁴. Cette coopération peut finalement venir aider les mères porteuses, notamment dans des situations comme en Inde où des gestations pour autrui sont pratiquées dans des conditions déplorables pour ces femmes. Les États autorisant la GPA pourraient également s'engager sur une « autolimitation » de leur législation afin de ne pas faciliter le contournement des législations prohibitives et de respecter la souveraineté des autres²¹⁸⁵. En effet, selon que la GPA est réservée aux nationaux ou aux personnes domiciliées dans l'État, et selon qu'elle peut être effectuée moyennant rémunération ou seule la GPA « altruiste » est autorisée, la législation n'attirera pas autant le tourisme procréatif.

Section 2 : La consécration du lien de filiation en l'absence de tout lien de parenté

767 Absence de parenté. De manière générale, la Cour européenne reconnaît facilement l'existence de la vie familiale entre l'enfant et le parent avec qui il vit, en admettant que la famille « ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage » mais repose sur « des liens familiaux *de facto* »²¹⁸⁶. Toutefois, la jurisprudence de la Cour montre que si l'obligation de protéger juridiquement la vie familiale connaît un épanouissement évident lorsque la vie familiale est fondée sur une parenté biologique ou juridique, en revanche, ses effets sont beaucoup plus limités lorsque la vie familiale existe en dehors de toute parenté²¹⁸⁷. Dans l'affaire *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni* du 22

²¹⁸³ *Ibid.*

²¹⁸⁴ J. Guillaumé « Transcription d'un acte de naissance étranger », *JDI* 2014, n° 4, comm. 16.

²¹⁸⁵ A. Dionisi-Peyrusse, « Actualités de la bioéthique », *AJ fam* 2014, p. 396.

²¹⁸⁶ Voir 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*, F. Sudre (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 11.

²¹⁸⁷ En ce sens, *GACEDH* n° 51.

avril 1997²¹⁸⁸, la Cour a considéré que le refus d'enregistrer à l'état civil un transsexuel opéré comme père de l'enfant auquel sa partenaire a donné naissance par suite de l'insémination artificielle avec donneur (l'IAD) ne constituait pas une violation de la Convention. Selon elle, en l'absence de norme européenne en matière d'octroi des droits parentaux aux transsexuels²¹⁸⁹ et en l'absence de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe lorsqu'il s'agit de traduire sur le plan juridique la réalité sociale de la relation unissant un enfant conçu par IAD et la personne assumant le rôle de père²¹⁹⁰, la Cour a considéré que le droit paraît traverser une phase de transition²¹⁹¹. Ainsi, « l'article 8 ne saurait passer pour impliquer que l'Etat défendeur est dans l'obligation de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique »²¹⁹².

768 Subsidiarité de la Cour européenne. Prenant en compte l'évolution de la société, l'existence ou l'absence de consensus en la matière et le besoin de respecter la tradition et la culture dans chaque Etat membre du Conseil de l'Europe, la Cour semble accorder une large marge d'appréciation aux Etats lorsqu'il s'agit de consacrer juridiquement le lien de filiation entre l'enfant et son parent avec qui il n'a pas de lien biologique ou juridique établi. Deux grandes questions d'actualité se posent devant la Cour. Elle est ainsi amenée à se prononcer d'une part sur l'hypothèse de l'adoption coparentale dans un couple homosexuel (§ 1), et d'autre part sur l'adoption de l'enfant issu de la *kafala* (§ 2).

§ 1 : L'adoption coparentale dans un couple homosexuel

769 Problème. Dans l'affaire *Gas et Dubois c/ France* du 15 mars 2012²¹⁹³, la Cour est confrontée au problème du refus de l'adoption simple d'un enfant par la femme vivant avec la mère biologique de celui-ci. En l'espèce, il s'agissait de deux femmes vivant ensemble et ayant conclu un pacte civil de solidarité. La deuxième requérante a donné naissance en France à une fille conçue en Belgique par IAD.

²¹⁸⁸ *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni* du 22 avril 1997, req. n° 21830/93 : *JCP G* 1998, I, 107, obs. F. Sudre.

²¹⁸⁹ *Ibid.*, § 44.

²¹⁹⁰ *Ibid.*

²¹⁹¹ *Ibid.*

²¹⁹² *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni*, préc., § 52.

²¹⁹³ *Gas et Dubois c/ France*, du 15 mars 2012, req. n° 25951/07 : *AJDA* 2012, 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2012, 1241, obs. I. Gallmeister, note A. Dionisi-Peyrusse ; *Lexbase Hebdo – Edition privée Générale*, 29 mars 2012, n° 479, obs. A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2012, 220, obs. C. Siffrein-Blanc ; *AJF* 2012, 163, point de vue F. Chénéde ; *RTD civ.* 2012, 275, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2012, 306, obs. J. Hauser.

L'enfant a été reconnue par sa mère biologique et elle vivait depuis sa naissance au domicile commun des requérantes. La première requérante a formé une requête en adoption simple de la fille de sa partenaire avec le consentement exprès de cette dernière mais sa demande a été rejetée au motif que les conséquences légales de l'adoption sollicitée ne seraient pas conformes à l'intention des requérantes et à l'intérêt de l'enfant. En effet, en cas d'adoption simple dans un couple non marié, l'autorité parentale serait alors transférée à l'adoptant, privant ainsi le parent juridique initial de son autorité parentale. Dans l'affaire *X. et autres c/ Autriche* du 19 février 2013²¹⁹⁴, les faits d'espèces étaient sensiblement différents de ceux de l'affaire *Gas et Dubois*. En l'occurrence, le deuxième requérant, né hors mariage, est le fils de la troisième requérante. Il a été reconnu par son père et placé sous l'autorité parentale exclusive de sa mère. Celle-ci entretenait une relation stable avec la première requérante. Une convention d'adoption a été conclue dans le but de créer un lien juridique entre la première requérante et l'enfant sans rompre la relation entre celui-ci et sa mère. Toutefois, les juridictions nationales ont refusé d'homologuer la convention en question au motif que le droit interne prévoyait que l'adoption demandée avait pour effet de rompre le lien de filiation de l'enfant avec son parent biologique du même sexe que l'adoptant. Dans le cas d'espèce, l'adoption du deuxième requérant par la première requérante aurait eu pour effet d'effacer la filiation de l'enfant avec sa mère biologique, pour être remplacée par celle de sa mère légale, solution n'étant pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

770 Réponse de la Cour européenne. Dans les deux affaires, les requérants estimaient que le refus de l'adoption qui leur a été opposé, combiné à l'impossibilité pour les couples de même sexe d'accéder au mariage pour pouvoir adopter dans les mêmes conditions que les conjoints, portait atteinte à leur vie privée et familiale de manière disproportionnée. Choisisant de se placer sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, la Cour européenne a conclu, par six voix contre une, à la non violation de la Convention dans l'affaire *Gas et Dubois* mais par dix voix contre sept, à la violation de celle-ci dans l'affaire *X. et autres*. Selon la Cour, la

²¹⁹⁴ *X. et autres c/ Autriche* du 19 février 2013, req. n° 19010/07 : *AJDA* 2013, n° 31, p. 1795, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *LPA* 2013, n° 161, p. 3, chron. n° 9 ; *JCP G* 2013, n° 29, p. 1476, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2013, chron. n° 28, p. 1401 ; *D.* 2013, panorama, n° 21, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2013, n° 2, p. 363, obs. J. Hauser ; *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2013-9, obs. G. Escudey ; *JCP G* 2013, n° 11, p. 552, obs. H. Surrel ; *D.* 2013, n° 8, p. 502, obs. I. Gallmeister, *JCP G* 2013, n° 9, p. 427, obs. C. Byk.

situation des couples homosexuels ne peut se comparer aux couples hétérosexuels mariés mais seulement aux couples hétérosexuels non mariés. Dans ces conditions, la Cour a estimé dans l'affaire *Gas et Dubois* que les requérantes n'ont pas subi un traitement discriminatoire fondé sur leur orientation sexuelle, l'adoption coparentale n'étant également pas ouverte aux couples hétérosexuels non mariés. A l'inverse, elle a estimé dans l'affaire *X. et autres* qu'il existait une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes, l'adoption coparentale étant ouverte aux couples hétérosexuels non mariés.

771 Comparaison. La question ne se pose plus aujourd'hui lorsqu'un parent hétérosexuel non marié souhaite adopter l'enfant de son concubin ou de son partenaire enregistré car la Cour européenne, dans son arrêt *Emonet c/ Suisse* du 13 décembre 2007²¹⁹⁵, a montré sa volonté de pousser vers un alignement du régime de l'adoption de l'enfant du concubin ou du pacsé sur le régime de l'adoption de l'enfant du conjoint²¹⁹⁶. Selon la Cour, « l'argument du gouvernement selon lequel l'institution du mariage garantit à la personne adoptée une stabilité accrue par rapport à l'adoption par un couple de concubins n'est plus forcément pertinent de nos jours »²¹⁹⁷. Toutefois, lorsque c'est un parent homosexuel non marié qui souhaite adopter l'enfant de son concubin ou de son partenaire enregistré, la Cour préfère laisser aux Etats le pouvoir de décider sur la question concernant la consécration du lien de filiation.

772 Plan. Le raisonnement de la Cour dans les deux affaires est ainsi axé sur la non-discrimination entre les parents, en fonction de leur orientation sexuelle (A.). Par conséquent, l'interrogation sur le bien-fondé de la position de la Cour sous l'angle de l'intérêt supérieur de l'enfant s'impose (B.).

A. Le raisonnement axé sur la non-discrimination entre les parents en fonction de leur orientation sexuelle

773 Interdiction de discrimination. Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne, pour qu'une question se pose au regard de l'article 14 il doit y avoir une différenciation dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Lorsque la Cour constate l'existence d'une différence de traitement, par la suite, elle va

²¹⁹⁵ *Emonet c/ Suisse* du 13 décembre 2007, req. n° 39051/03 : *JDI* 2008, n° 3, p. 815, obs. A. Jauréguiberry ; *RTD civ.* 2008, n° 2, p. 272, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2008, n° 2, p. 255, obs. J.-P. Marguénaud.

²¹⁹⁶ J.-P. Marguénaud, « L'adoption de l'enfant de la concubine », *RTD civ.* 2008, n° 2, p. 255.

²¹⁹⁷ *Emonet c/ Suisse*, préc., § 81.

voir si la différence de traitement est justifiée, c'est-à-dire si elle repose sur une justification objective et raisonnable. S'agissant de l'appréciation de la comparabilité des situations, les requérantes, dans les deux arrêts, se plaignaient d'une atteinte discriminatoire à leur droit au respect de la vie privée et familiale par rapport aux couples hétérosexuels mariés ou non. À l'invitation des requérantes, la Cour européenne va ainsi comparer la situation des cas d'espèce à celle d'un couple hétérosexuel marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre, d'une part, et à celle d'un couple hétérosexuel non marié, d'autre part pour examiner s'il existe une différence de traitement entre ces différents couples (1°) et si cette différence de traitement est justifiée (2°).

1° L'existence de la différence de traitement

774 Droit au mariage et droit à l'adoption coparentale. La Cour estime dans les deux affaires qu'en matière d'adoption par le second parent, les requérantes ne se trouvaient pas dans une situation juridique comparable à celle des couples hétérosexuels mariés (a.) mais seulement à celle des couples hétérosexuels non mariés²¹⁹⁸. Ainsi, la différence de traitement dans le droit d'adoption des requérants ne peut exister qu'au regard des couples hétérosexuels non mariés (b.).

a. L'incomparabilité de la situation des couples homosexuels non mariés avec les couples hétérosexuels mariés

775 Discrimination directe. Dans les deux affaires, les requérants ont invoqué l'impossibilité pour les couples de même sexe d'accéder au mariage pour pouvoir adopter dans les mêmes conditions que les conjoints. Toutefois, la Cour estime, en faisant référence à l'affaire *Schalk et Kopf c/ Autriche* du 24 juin 2010²¹⁹⁹, qu'en matière d'adoption par le second parent, les requérantes ne se trouvaient pas dans une situation juridique comparable à celle des couples hétérosexuels mariés²²⁰⁰, en raison de l'absence de droit au mariage pour les couples homosexuels. Ainsi, elle considère que les Etats contractants n'étaient pas tenus d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, ceux-ci sont libres de décider eux-mêmes par égard aux « connotations sociales et

²¹⁹⁸ *Gas et Dubois c/ France*, préc., §§ 68 et s. ; *X. et autres c/ Autriche*, préc., §§ 109 et s.

²¹⁹⁹ *Schalk et Kopf c/ Autriche* du 24 juin 2010, req. n° 30141/04 : *RTD civ.* 2010, p. 783, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2010, p. 765, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2010, n° 30, I. 859, obs. F. Sudre.

²²⁰⁰ *Gas et Dubois c/ France*, préc., § 68 ; *X. et autres c/ Autriche*, préc., §§ 109 à 110.

culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre »²²⁰¹. Selon elle, ce droit ne pouvait se déduire ni de l'article 12 de la Convention, ni de l'article 14 combiné avec l'article 8²²⁰². Elle estime également que lorsque les Etats décident d'offrir aux couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, ils bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré²²⁰³. Par conséquent, en ce qui concerne le grief lié à l'existence d'une discrimination directe subis par les couples homosexuels par rapport aux couples mariés, la Cour considère que le mariage « conférait un statut particulier à ceux s'y engageant », et que « l'exercice du droit de se marier est protégé par l'article 12 de la Convention et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques »²²⁰⁴ en sorte que « l'on ne saurait considérer, en matière d'adoption par le second parent, que les requérantes se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés »²²⁰⁵.

776 Discrimination indirecte : possibilité de se marier. Dans l'affaire *Gas et Dubois*, les requérantes se plaignaient également d'être victimes d'une discrimination indirecte car si l'adoption coparentale n'est seulement organisée au bénéfice des époux par l'article 365 du Code civil français, les concubins et les pacsés hétérosexuels pouvaient bénéficier de cette même possibilité en se mariant. Sur ce point, la Cour se borne à estimer qu'il n'y avait pas de différence de traitement dès lors que les hétérosexuels concubins ou pacsés se voyaient opposer, comme les requérantes, le refus de l'adoption simple²²⁰⁶. Le droit au mariage homosexuel n'étant pas protégé par la Convention²²⁰⁷, c'est ainsi qu'elle conclut à l'absence de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 dans le cas d'espèce²²⁰⁸.

777 Discrimination indirecte : IAD. Les requérantes, dans l'affaire *Gas et Dubois*, ont également évoqué le cas d'un autre enfant « conçue par insémination artificielle avec un donneur anonyme par une femme vivant en concubinage avec un homme ». Selon les requérantes, ce dernier a pu devenir « le père juridique de l'enfant,

²²⁰¹ *Schalk et Kopf c/ Autriche*, préc., § 62.

²²⁰² *Ibid.*, § 101.

²²⁰³ *Ibid.*, § 108.

²²⁰⁴ *Burden c/ Royaume-Uni*, Gr. Ch., du 29 avril 2008, req. n° 13378/05, § 63.

²²⁰⁵ *Gas et Dubois c/ France*, préc., § 68.

²²⁰⁶ *Ibid.*, § 69.

²²⁰⁷ *Ibid.*, §§ 70 à 71.

²²⁰⁸ *Ibid.*, § 72.

sans même avoir à faire de demande d'adoption simple » en « application de l'article 311-20 du Code civil »²²⁰⁹. Mais la Cour rejette cet argument en affirmant que « si le droit français ne prévoit l'accès à ce dispositif que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique, visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté [...] »²²¹⁰. Selon elle, « l'IAD n'est autorisé en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes. Il s'ensuit, pour la Cour, que la législation française concernant l'IAD ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes »²²¹¹.

b. La possible existence de la différence de traitement entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels non mariés

778 Comparabilité de la situation. Dans les deux affaires, la Cour européenne estime qu'en matière d'adoption par le second parent, si les requérantes ne se trouvaient pas dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés²²¹², leur situation est comparable à celle des couples hétérosexuels non mariés – c'est-à-dire des couples ayant conclu un PACS, comme les requérantes, ou ceux qui vivent en concubinage²²¹³.

779 Affaire française et affaire autrichienne. Dans les cas d'espèce, les contextes juridiques français et autrichien présentaient une différence non négligeable. Ainsi, à l'époque des faits, le mariage était inaccessible aux couples de même sexe dans les deux pays. Toutefois, la France réservait l'adoption coparentale aux époux, tandis qu'elle était ouverte aux couples hétérosexuels non mariés en Autriche. C'est pour cette raison que la Cour européenne parvient à constater l'existence d'une différence de traitement dans l'affaire autrichienne mais pas dans l'affaire française.

780 Affaire française. Relevant dans l'affaire *Gas et Dubois* que l'adoption coparentale n'était pas non plus ouverte aux couples hétérosexuels non mariés qui, comme les requérantes, avaient conclu un PACS²²¹⁴, la Cour conclut ainsi à l'absence de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle et à la non-violation de

²²⁰⁹ *Ibid.*, § 43.

²²¹⁰ *Ibid.*, § 63.

²²¹¹ *Ibid.*

²²¹² *Gas et Dubois c/ France*, préc., § 68 ; *X. et autres c/ Autriche*, préc., §§ 109 à 110.

²²¹³ *Gas et Dubois c/ France*, préc., § 69 ; *X. et autres c/ Autriche*, préc., § 112.

²²¹⁴ *Gas et Dubois c/ France*, préc., § 69.

l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8²²¹⁵. Les Etats ne sont donc pas tenus d'ouvrir l'adoption coparentale aux couples non mariés et la Cour affirme qu'une ample marge d'appréciation doit être laissée aux Etats en ce domaine lorsqu'il s'agit de déterminer « si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement » pour adopter des mesures d'ordre général en matière économique ou social, la marge d'appréciation laissée aux Etats est d'ordinaire importante²²¹⁶.

781 Affaire autrichienne. Dans l'affaire *X. et autres*, il était juridiquement impossible à un couple homosexuel de procéder à une adoption coparentale car selon le droit autrichien, l'adoptant se substituait au parent biologique du même sexe que lui. La première requérante étant une femme, en cas d'adoption par elle de l'enfant de sa compagne, seuls les liens juridiques entre celui-ci et cette dernière auraient pu être rompus²²¹⁷. Ainsi, la Cour relève qu'il ne faisait aucun doute que la teneur de l'article 182 § 2 du Code civil autrichien induisait un traitement différencié des requérantes, qui ne pouvaient organiser l'adoption par l'une de l'enfant de l'autre sans rompre le lien entre l'enfant et sa mère biologique, et des couples hétérosexuels non mariés, qui étaient quant à eux susceptibles de mettre en œuvre une telle adoption²²¹⁸. Le Gouvernement autrichien a essayé de faire valoir qu'en cas d'espèce, le refus d'adoption était le résultat de l'opposition du père biologique et que si le candidat à l'adoption avait été un homme plutôt qu'une femme, les juges n'auraient pas décidé autrement²²¹⁹. Toutefois, la Cour n'est pas convaincue par la thèse du Gouvernement et elle relève qu'en réalité les tribunaux autrichiens avaient rejeté la demande considérée au seul motif que l'article 182 § 2 du Code civil s'opposait en tout hypothèse à l'établissement d'un second lien de filiation maternel à l'égard de l'enfant. Les tribunaux n'ont pas cherché à connaître l'avis du père²²²⁰. La Cour n'a pas non plus accepté l'argument du Gouvernement selon lequel l'article 182 § 2 fait obstacle à n'importe quelle femme d'adopter un enfant lorsque des liens de droit sont appelés à subsister entre cet enfant et sa mère (ainsi, il aurait, par exemple, également été impossible que l'enfant soit adopté par sa tante)²²²¹.

²²¹⁵ *Ibid.*

²²¹⁶ *Ibid.*, § 60.

²²¹⁷ *X. et autres c/ Autriche*, préc., § 114.

²²¹⁸ *Ibid.*, § 114 et 116.

²²¹⁹ *Ibid.*, § 117.

²²²⁰ *Ibid.*, § 118 à 124.

²²²¹ *Ibid.*, § 128 à 129.

Pour résumer, selon la Cour européenne, c'est l'application automatique de l'article 182 § 2 du Code civil, considéré comme un « obstacle juridique »²²²² résultant en un refus catégorique des juridictions autrichiennes d'examiner si l'adoption envisagée était dans l'intérêt de l'enfant, qui constitue une différence de traitement dans le cas d'espèce.

782 Protection du droit additionnel. Dans ces conditions, la Cour rappelle que l'article 8 n'impose pas aux Etats membres d'étendre le droit à l'adoption coparentale aux couples non mariés²²²³. Toutefois, l'interdiction de la discrimination s'applique aussi aux droits additionnels²²²⁴. La législation autrichienne ouvrant cette forme d'adoption aux couples hétérosexuels non mariés, la Cour doit rechercher si le refus d'accorder ce droit aux couples homosexuels non mariés poursuivait un but légitime et était proportionné à ce but²²²⁵.

2° La justification de la différence de traitement

783 Choix restrictif. Considérant dans les deux affaires que la situation des couples homosexuels ne peut se comparer aux couples hétérosexuels mariés mais seulement aux couples hétérosexuels non mariés, la Cour opère dans les cas d'espèce des « choix excessivement restrictifs [...] en amont »²²²⁶ tant à propos de la compatibilité de la situation qu'à propos de l'existence de différence de traitements. Ces choix permettent par conséquent d'examiner la proportionnalité de la différence de traitement seulement lorsque cette différence provient de l'ouverture de l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels non mariés.

784 Absence d'examen général du droit de l'adoption par des couples homosexuels. La Cour délimite son examen dans l'affaire *X. et autres*, en estimant que la présente affaire ne concerne pas la question de savoir si, eu égard aux circonstances, la demande d'adoption présentée par les requérants aurait dû ou non être accueillie²²²⁷. Elle estime également que « la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels en elle-même, et encore moins sur

²²²² *Ibid.*, § 124.

²²²³ *Gas et Dubois c/ France*, préc., §§ 66 à 69 ; *Emonet et autres c/ Suisse* du 13 décembre 2007, req. n° 39051/03, §§ 79 à 88.

²²²⁴ *E.B. c/ France*, préc., § 49.

²²²⁵ *X. et autres c/ Autriche*, préc., § 136.

²²²⁶ G. Willems, « Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle de droit familial* 2013, n° 4, p.1025.

²²²⁷ *Ibid.*, § 132.

celle de l'adoption par des couples homosexuels en général »²²²⁸. Par conséquent, « il s'agit pour elle de statuer sur un problème étroitement défini, celui de savoir si les requérants en l'espèce ont ou non été victimes d'une discrimination entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels en matière d'adoption coparentale »²²²⁹. Autrement dit, la Cour se limite à examiner si, dans l'affaire *X. et autres*, le fait que les juridictions internes se trouvent dans l'incapacité de procéder à un examen concret de la situation qui leur était soumise dès lors que l'adoption du deuxième requérant par la compagne de sa mère était en tout état de cause impossible en vertu de l'article 182 § 2 du Code civil, est discriminatoire.

785 Marge d'appréciation. Soulignant qu'elle « a conscience que la recherche d'un équilibre entre la préservation de la famille traditionnelle et les droits des minorités sexuelles découlant de la Convention est un exercice par nature difficile et délicat, qui peut obliger les Etats à concilier des vues et des intérêts concurrents perçus par les parties concernées comme étant fondamentalement antagonistes »²²³⁰ (a.), lorsque l'Etat ouvre droit à l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels et non pas aux couples homosexuels, il dispose d'une étroite marge d'appréciation (b.).

a. La recherche d'équilibre délicat entre la préservation de la famille traditionnelle et les droits des minorités sexuelles

786 Préservation de la famille traditionnelle. Dans l'affaire *X. et autres*, le Gouvernement a évoqué l'argument de la préservation de la famille traditionnelle et celui-ci semble considérer que cette protection, et également la protection de l'intérêt de l'enfant allaient de pair et soutenait que le droit autrichien de l'adoption coparentale tendait à « la reconstitution d'une famille biologique et la protection du bien-être de l'enfant »²²³¹. La Cour européenne accepte cet argument. Selon elle, « le souci de protéger la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe un motif important et légitime apte à justifier une différence de traitement » et qu'« il va sans dire que la protection de l'intérêt de l'enfant est aussi un but légitime »²²³². Mais elle considère que « le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme est

²²²⁸ *Ibid.*, § 134.

²²²⁹ *Ibid.*

²²³⁰ *Ibid.*, § 151.

²²³¹ *Ibid.*, § 76.

²²³² *Ibid.*, § 138.

assez abstrait, et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser »²²³³ et que la Convention est un instrument vivant qui doit s'interpréter à la lumière des conditions actuelles et lorsque l'Etat doit choisir les mesures à prendre, il doit notamment tenir compte de « l'idée selon laquelle il y a plus d'une voie ou d'un choix possible en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale »²²³⁴. Ainsi, si la Cour est soucieuse de protéger la famille traditionnelle, elle va également, jusqu'à un certain degré, essayer de protéger les droits des couples homosexuels. La Cour semble donc osciller entre audace et sagesse : la sagesse au service de la protection de la famille traditionnelle et une audace au service de la reconnaissance juridique des cellules familiales homoparentales²²³⁵.

787 Importance de protéger des familles de faits. La Cour estime que la protection de la famille traditionnelle doit être contrebalancée par la protection des droits de la famille fondée sur un couple homosexuel. À l'instar des requérants, la Cour constate que les familles de fait fondées sur un couple homosexuel sont une réalité que le droit ne reconnaît et ne protège pas²²³⁶. Ainsi, elle souligne qu'en l'espèce, il existe un lien constitutif de la vie familiale entre l'enfant et la personne qui vit avec son parent biologique, distinguant donc l'adoption coparentale d'autres types d'adoption. Selon la Cour, « contrairement à l'adoption monoparentale et à l'adoption conjointe, qui visent habituellement à créer des liens entre un enfant et un adoptant étrangers l'un à l'autre, l'adoption coparentale a pour objet de conférer au partenaire de l'un des parents de l'enfant des droits à l'égard de celui-ci. Faisant référence aux affaires *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg* et *Emonet c/ Suisse* dans lesquelles elle considère que « là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille », la Cour souligne l'importance que revêt la reconnaissance juridique des familles de fait²²³⁷.

²²³³ *Ibid.*, § 139.

²²³⁴ *Ibid.*

²²³⁵ F. Vasseur-Lambry, « Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 9 », *LPA* 2013, n° 162, p. 3.

²²³⁶ *X. et autres c/ Autriche*, préc., § 145.

²²³⁷ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, préc., § 119 ; *Emonet et autres c/ Suisse*, préc., §§ 63 à 64.

b. L'étroite marge d'appréciation de l'Etat

788 Détermination de la marge d'appréciation. La Cour estime que la marge d'appréciation laissée aux Etats est étroite car il s'agit du cas d'une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle et le principe de proportionnalité « oblige [...] à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes – en l'espèce les individus vivant une relation homosexuelle – du champ d'application de la mesure dont il s'agit »²²³⁸. Elle estime également que cette marge est *a priori* étroite lorsqu'est en cause « un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité de l'individu »²²³⁹. Par conséquent, elle considère que « c'est donc au gouvernement autrichien qu'il revient en l'espèce de démontrer que la préservation de la famille traditionnelle, et plus précisément la protection de l'intérêt de l'enfant, commande d'interdire aux couples homosexuels l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés »²²⁴⁰.

789 Consensus. Le Gouvernement autrichien a essayé d'avancer un autre argument mais sans réussir. Celui-ci soutient que les Etats bénéficient d'une ample marge d'appréciation dans le domaine du droit de l'adoption, « où la recherche d'un équilibre entre les intérêts de toutes les personnes concernées est selon lui un exercice délicat » et que « cette latitude serait d'autant plus étendue en l'espèce que la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels ne fait pas l'objet d'un consensus européen »²²⁴¹. Toutefois, pour considérer qu'il n'existe pas de consensus en la matière, la Cour estime qu'il convient de s'en tenir aux seuls dix Etats ouvrant l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels non mariés. Parmi eux, six traitent les couples hétérosexuels et les couples homosexuels de la même manière et quatre ont adopté la même position que l'Autriche. Pour la Cour, « l'étroitesse de cet échantillon ne permet de tirer aucune conclusion sur un éventuel consensus entre les Etats membres du Conseil de l'Europe »²²⁴². L'opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano et Sicilianos relève, pour autant, que « la méthode [de la Cour européenne] conduit à faire abstraction d'une tendance claire, selon laquelle la grande majorité des Etats parties refusent pour l'instant

²²³⁸ *Karner c/ Autriche*, préc., § 41 ; *Kozak c/ Pologne*, préc., § 99.

²²³⁹ *X. et autres c/ Autriche*, préc., § 148.

²²⁴⁰ *Ibid.*, § 141.

²²⁴¹ *Ibid.*, § 147.

²²⁴² *Ibid.*, § 149.

l'adoption coparentale aux couples non mariés en général, et *a fortiori* aux couples non mariés de même sexe »²²⁴³.

790 Textes internationaux. La Cour européenne a également recours aux textes internationaux. En soulignant que l'article 7 de la Convention européenne de 2008 en matière d'adoption des enfants offre aux Etats « la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention [...] aux couples hétérosexuels ou homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable », pour la Cour, cet instrument ne peut pas être tenu pour révélateur d'un éventuel consensus européen dès lors qu'il n'a pas été ratifié par l'Autriche et ne l'a été que par un faible nombre d'autres Etats européens. De plus, la Cour considère notamment qu'en tout état de cause, l'article 7 § 2 de la Convention européenne de 2008 en matière d'adoption des enfants témoigne lui aussi de l'absence de consensus en matière de l'adoption coparentale. Sur ce point, les juges dissidents relèvent que cette approche de l'impact de la non-ratification sur la pertinence d'une source externe n'apparaît pas conforme à la jurisprudence antérieure²²⁴⁴, notamment de l'arrêt *Marckx c/ Belgique*²²⁴⁵. Ces mêmes juges considèrent également que « déduire de l'article 7 § 2 que les Etats contractants ont voulu limiter d'une quelconque manière la latitude de leurs législateurs respectifs constitue, à notre sens, une interprétation erronée de cette disposition », cet article dénotant clairement la liberté totale des Etats de légiférer en la matière²²⁴⁶. En ce qui concerne la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre²²⁴⁷, les juges dissidentes estiment que l'analyse de la Cour paraît elle aussi peu conforme à la lettre du texte considéré²²⁴⁸. Selon le Professeur Surrel, la Cour semble utiliser de manière contestable cette Convention au renfort de son argumentation²²⁴⁹.

²²⁴³ *X. et autres c/ Autriche*, préc., l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano et Sicilianos, § 15.

²²⁴⁴ *X. et autres c/ Autriche*, préc., l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano et Sicilianos, § 19.

²²⁴⁵ *Marckx c/ Belgique*, préc., § 41.

²²⁴⁶ *X. et autres c/ Autriche*, préc., l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano et Sicilianos, § 19.

²²⁴⁷ Recommandation CM/Rec(2010)5, adoptée le 31 mars 2010 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

²²⁴⁸ *X. et autres c/ Autriche*, préc., l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano et Sicilianos, § 21.

²²⁴⁹ H. Surrel, « Exclusion des couples homosexuels de l'adoption coparentale : un arrêt peu convaincant », *JCP G* 2013, n° 11, 316.

791 **Condamnation.** Ainsi, en considérant que le droit comparé et le droit international ne pouvaient avoir d'influence décisive sur l'amplitude de la marge d'appréciation accordée à l'Etat, la Cour a décidé, par dix voix contre sept, de condamner l'Autriche. Le Gouvernement autrichien « [n'avait] pas fourni de raisons particulièrement solides et convaincantes propres à établir que l'exclusion des couples homosexuels du champs de l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection des intérêts de l'enfant » en sorte que les articles 14 et 8 combinés de la Convention avaient été violés²²⁵⁰. Les juges dissidentes s'interrogent sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le raisonnement de la majorité.

B. L'interrogation sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant

792 **Protection de la filiation de l'enfant.** Soulignant l'importance qu'il y a pour une famille de fait à obtenir la reconnaissance juridique, la Cour condamne l'Autriche dans le cas d'espèce car l'adoption coparentale dans le couple homosexuel se trouve face à un obstacle juridique absolu, ne permettant pas aux autorités compétentes d'étudier la situation de manière concrète et de chercher à savoir si l'adoption est dans l'intérêt de l'enfant. Selon la Cour, si une demande d'adoption identique avait été présentée par un couple hétérosexuel non marié, les tribunaux autrichiens auraient au contraire été tenus d'en examiner le bien-fondé²²⁵¹. La Cour observe par ailleurs que le Gouvernement n'a pas présenté d'arguments précis, d'études scientifiques ou d'autres éléments de preuve susceptibles de démontrer que les familles homoparentales ne peuvent en aucun cas s'occuper convenablement d'un enfant²²⁵². En outre, le droit autrichien paraît manquer de cohérence²²⁵³. S'il s'agit bien dans les cas d'espèce de protéger la vie familiale des couples homosexuels sous l'angle de la non-discrimination, il s'agit également d'une question relative à la filiation de l'enfant, élément important de son identité. Le choix de la Cour d'axer son raisonnement sur les adultes est donc critiquable. Sur ce point, les opinions dissidentes et concordantes jointes aux deux arrêts ont dénoncé les lacunes et les non-dits dans le raisonnement de la Cour européenne, notamment l'absence réelle de la prise en considération de l'intérêt supérieur de

²²⁵⁰ *X. et autres c/ Autriche*, préc., § 151.

²²⁵¹ *Ibid.*, § 133.

²²⁵² *Ibid.*, § 142.

²²⁵³ *Ibid.*, § 144.

l'enfant, « un grand oubli du dossier »²²⁵⁴. Comparant l'arrêt *Gas et Dubois* avec l'arrêt *X. et autres*, il semble que, selon la Cour européenne, l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dépend des choix des Etats d'ouvrir ou non l'adoption coparentale aux couples non mariés (1°). A travers la jurisprudence de la Cour européenne, une question plus large semble se poser. Il s'agit de la question de savoir si, pour protéger l'intérêt de l'enfant, il faut absolument passer par la parenté lorsque l'adoption coparentale est ouverte aux couples non mariés, ou s'il suffit de protéger les enfants sous l'angle de la parentalité (2°).

1° L'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dépendant des choix des Etats

793 Absence d'appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Lorsque l'Etat n'ouvre pas droit à l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels, il peut la refuser aux couples homosexuels, comme dans l'affaire *Gas et Dubois*, c'est-à-dire sans devoir motiver ses décisions pour une appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'affaire *Gas et Dubois*, une opinion dissidente et deux opinions concordantes ont critiqué la différence de traitement en droit français entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels qui semble injustifiée si l'on se place du seul point de vue de l'intérêt de l'enfant. Selon eux, la considération de l'intérêt supérieur de l'enfant était curieusement absente dans le raisonnement de la Cour²²⁵⁵. Dans son opinion dissidente, le juge Villiger estime que l'arrêt se concentre sur les adultes et non sur l'enfant. Selon lui, si l'enfant ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables, « cela aurait dû conduire à poser la question sous un angle différent : la condition tenant au mariage peut-elle être justifiée au regard de l'intérêt de l'enfant ? ». Le juge Villiger estime par conséquent que l'inadéquation de la solution française aurait dû conduire la Cour à constater la violation de la Convention. Quant aux opinions concordantes des juges Costa et Spielmann, les juges estiment que cette inadéquation n'était pas suffisante pour emporter une violation de la Convention mais justifie une « exhortation » adressée au législateur français à adapter l'article 365 aux réalités sociales contemporaines, celui-ci étant désormais seul en mesure de modifier le droit interne sur ce sujet. Le Professeur Marguénaud estime qu', « il est donc hautement

²²⁵⁴ *X. et autres c/ Autriche*, préc., l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano et Sicilianos, § 8.

²²⁵⁵ *Gas et Dubois c/ France*, préc., l'opinion concordante du juge Costa à laquelle se rallie le juge Spielmann et l'opinion dissidente du juge Villiger.

souhaitable que cet arrêt de chambre fasse l'objet d'un renvoi en grande chambre de manière à ce que chacun puisse connaître la position de la Cour sur le point de savoir si l'intérêt de l'enfant né d'un parent homosexuel est ou n'est pas d'être adopté par le partenaire du couple dont il partage la vie »²²⁵⁶.

794 Exigence d'une appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'affaire *X. et autres c/ Autriche* ne clarifie malheureusement rien sur ce point et l'arrêt se concentre toujours sur les adultes. Toutefois, pour la première fois, la Cour estime que lorsque l'Etat ouvre droit à l'adoption aux couples hétérosexuels non mariés, le refus opposé au couple homosexuel doit être motivé en tenant compte de la situation de chaque cas d'espèce et notamment de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, selon elle, « en l'absence d'autres raisons particulièrement solides et convaincantes militant en faveur d'une telle interdiction absolue, les considérations exposées jusqu'ici donnent au contraire à penser que les tribunaux devraient pouvoir examiner chaque situation au cas par cas. Cette façon de procéder paraît aussi plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, notion clé des instruments internationaux pertinents »²²⁵⁷.

795 Absence de démonstration de la part de la Cour.

Précisant expressément, dans l'affaire *X. et autres*, qu'elle se contente de condamner l'absence d'examen de la demande formée par les requérants, la Cour ne se prononce pas sur le point de savoir si celle-ci aurait dû être accueillie au regard de la situation du père²²⁵⁸. L'opinion dissidente critique l'absence de la prise d'appui sur la volonté du père biologique de maintenir son lien et ses relations avec son fils. Selon eux en effet, la Cour aurait dû examiner la question qui lui était soumise « en partant de cette situation précise et non en se livrant à une analyse abstraite de la disposition applicable ». Or ils relèvent que, en l'espèce, l'adoption sollicitée aurait eu pour conséquence de substituer la compagne de la mère au père biologique de l'enfant. Le droit de celui-ci au respect de sa vie privée et familiale aurait ainsi été occulté. Les opinions dissidentes regrettent également l'absence de la prise en compte d'un éventuel conflit d'intérêt entre la mère représentant et son fils. Selon les juges dissidentes, « il aurait fallu rechercher quelle était la position de l'enfant », celui-ci avait entre onze et douze ans au moment de la procédure

²²⁵⁶ J.-P. Marguénaud, « Le refoulement de l'adoption de l'enfant du partenaire d'un couple homosexuel », *RTD civ.* 2012, p. 275.

²²⁵⁷ *X. et autres c/ Autriche*, préc., § 146.

²²⁵⁸ *Ibid.*, § 152.

interne²²⁵⁹ et « aujourd'hui, il approche de la majorité. Il a une mère et un père : au nom de quel intérêt supérieur la substitution de son père par la compagne de sa mère aurait-elle été justifiée ? »²²⁶⁰. Dans le même sens, il faut également s'interroger sur le point de savoir si la filiation doit reposer sur la seule volonté du couple²²⁶¹.

796 Position critiquable. En ce qui concerne la question de l'adoption par le couple de même sexe, les juges dissidents estiment, que la majorité « en a dit trop ou trop peu » : trop, parce qu'elle a indiqué à deux reprises qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur l'adoption par des couples homosexuels en général, trop peu, car elle a ensuite ajouté que le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme était assez abstrait et qu'une grande variété de mesures concrètes pouvaient être utilisées pour le réaliser²²⁶².

2° La confusion entre la parenté et la parentalité

797 Confusion. Dans l'affaire *X. et autres*, le Gouvernement ne prétendait pas que les couples homosexuels étaient incapables d'élever un enfant. Celui-ci soulignait au contraire que « les couples homosexuels ou hétérosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes les uns que les autres à l'adoption en général et à l'adoption coparentale en particulier »²²⁶³, mais il lui apparaissait que, dans le même temps, il y avait lieu d'« empêcher qu'un enfant ait deux pères ou deux mères du point de vue juridique » sans néanmoins négliger de protéger « les intérêts du partenaire du parent de l'enfant par d'autres moyens »²²⁶⁴. Toutefois, dans sa condamnation de l'Autriche, la Cour semble opérer une double confusion entre la parenté et la parentalité²²⁶⁵. Premièrement, la Cour observe que « le Gouvernement n'a pas présenté d'arguments précis, d'études scientifiques ou d'autres éléments de preuve susceptibles de démontrer que les familles homoparentales ne peuvent en aucun cas s'occuper convenablement d'un enfant »²²⁶⁶. Deuxièmement, elle considère que « le droit autrichien paraît manquer de

²²⁵⁹ *X. et autres c/ Autriche*, préc., l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano et Sicilianos, § 18.

²²⁶⁰ *Ibid.*

²²⁶¹ F. Vasseur-Lambry, « Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 9 », *LPA* 2013, n° 162, p. 3.

²²⁶² *X. et autres c/ Autriche*, préc., l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano et Sicilianos, § 11.

²²⁶³ *X. et autres c/ Autriche*, préc., § 72.

²²⁶⁴ *Ibid.*, § 76.

²²⁶⁵ F. Vasseur-Lambry, « Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 9 », préc.

²²⁶⁶ *X. et autres c/ Autriche*, préc., § 142.

cohérence »²²⁶⁷. Selon la Cour, en autorisant l'adoption par une personne seule, et en exigeant, si celle-ci vit avec un partenaire enregistré, son consentement, le droit autrichien admet d'un côté qu'un enfant puisse vivre au sein d'une famille homosexuelle – reconnaissant ainsi que cette situation ne lui est pas préjudiciable –, et, d'un autre côté, prévoit qu'un enfant ne puisse pas avoir deux mères ou deux pères²²⁶⁸. Ainsi, « mêlant parenté et parentalité, la Cour semble croire que la voie « naturelle » permettant de reconnaître la place du tiers qui a partagé la vie de l'enfant, soit l'adoption ; quitte à ce que la création d'un lien de parenté avec le tiers efface celui qui reliait l'enfant à son père biologique »²²⁶⁹.

798 Interrogation. Une question sous un autre angle peut ainsi être posée à partir de la confusion qu'opère la Cour européenne entre la parenté et la parentalité. Ainsi, si la question qui se pose dans les deux arrêts concerne la parenté de l'enfant, le cœur du problème montre qu'il faut peut-être tout revoir sous l'angle de la parentalité. Sur ce point, il faut souligner que l'adoption n'est pas la seule manière d'accorder aux familles une reconnaissance et une protection. Selon le Professeur Renchon, rien n'empêche d'imaginer des formules de prise en charge des enfants grandissant dans des familles fondées sur de tels couples qui, sans mettre en cause la perception traditionnelle de la filiation, tisseraient entre adultes et enfant un réseau sécurisant de droits et obligations²²⁷⁰. L'auteur estime également que la parentalité n'équivaut pas nécessairement à la parenté. S'il y a d'un côté, des réalités sociales qui méritent sûrement une reconnaissance et une protection par le droit, il y a, de l'autre côté, des institutions juridiques qui charpentent le droit de la famille et n'épuisent pas les capacités de reconnaissance et de protection du droit²²⁷¹. D'après G. Willems, « plutôt que d'aboutir dans les deux affaires à des résultats si différents pour des situations si semblables, n'était-il pas concevable d'astreindre la France comme l'Autriche à faire preuve de créativité en procurant aux individus dans la situation des requérantes des formules alternatives à la parenté et d'insister sur l'égalité substantielle plutôt que sur

²²⁶⁷ *Ibid.*, § 144.

²²⁶⁸ *Ibid.*

²²⁶⁹ F. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *JCP G* 2013, n° 23, doct. 658.

²²⁷⁰ J.-L. Renchon, « Une filiation monosexuée ? », in *Parenté, filiation, origines : Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. Fulchiron et J. Sesson (dir.), Bruxelles, Bruylant 2013, p. 239 à 246.

²²⁷¹ *Ibid.*

l'identité institutionnelle ? »²²⁷². Le Professeur Fulchiron, estime que l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe rend donc plus que jamais nécessaire la création d'un statut de beaux-parents, tant il est vrai que la réalité de l'homoparentalité ne doit pas pouvoir s'exprimer par la seule création de lien de parenté²²⁷³.

§ 2 : L'adoption de l'enfant issu de la *kafala*

799 Problème. Instituée par le droit musulman, la *kafala* ou « recueil légal » se définit comme l'engagement bénévole de prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un mineur. Ce recueil légal se distingue de l'adoption, prohibée dans des pays de tradition musulmane, en ce qu'elle ne crée pas de lien de filiation. En effet, l'adoption est interdite en droit islamique car cette institution crée des liens de famille comparables ou similaires à ceux résultant de la filiation biologique. Les enfants ayant été recueilli dans le cadre de la *kafala*, se trouvent confrontés au problème de l'impossibilité d'être adoptés en raison de l'interdiction de leur loi personnelle. Les parents ayant recueilli les enfants dans le cadre de la *kafala* se plaignent, devant la Cour européenne, de l'impossibilité pour l'enfant de profiter de la protection juridique plus favorable à l'intérêt de ce dernier. Ils estiment que le refus de transformer la *kafala* en adoption porte atteinte de manière disproportionnée à leur vie familiale ainsi qu'à celle de l'enfant lui-même. La Cour européenne se trouve ainsi confronter à la question de savoir si les Etats membres ont une obligation de transformer le recueil légal en adoption.

800 Situation des enfants recueillis dans le cadre de la *kafala*. Dans l'affaire *Harroudj c/ France* du 4 octobre 2012²²⁷⁴, la requérante, une ressortissante française, a obtenu du tribunal algérien, le droit de recueil légal de *kafala*, sur un enfant née de père inconnu en Algérie et abandonnée à la naissance après un accouchement sous X. Une fois arrivées en France, la requérante a présenté une demande d'adoption plénière de l'enfant, demande qui a été rejetée au motif que la loi personnelle de l'enfant, c'est-à-dire le code de la famille algérien, prohibait cette institution. La requérante a saisi alors

²²⁷² G. Willems, « Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

²²⁷³ F. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », préc.

²²⁷⁴ *Harroudj c/ France* du 4 octobre 2012, req. n° 43631/09 : *D.* 2012, p. 2392 ; *JCP G* 2012, 1945, obs. G. Gonzalez ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012, obs. N. Hervieu ; *Dalloz actualité*, 17 octobre 2012, obs. M. Kebir ; *AJF* 2012, p. 546, obs. A. Boiché ; *RLDF* 2012, chron. n° 25, obs. C. Siffrein-Blanc.

la Cour européenne des droits de l'homme considérant que la position du droit français constituait, tant pour elle que pour l'enfant, une atteinte disproportionnée à leur vie familiale garantie par l'article 8 de la Convention. Elle a également invoqué les dispositions de l'article 14 de la Convention en considérant que le droit français introduit une atteinte injustifiée fondée sur la nationalité. Saisi d'une question inédite à Strasbourg, la Cour européenne, à l'unanimité, rejette toute violation de l'article 8 par la France, et partant toute atteinte à l'article 14, ne distinguant pas ce second aspect du premier. L'affaire *Chbihi Loudoudi et autres c/ Belgique* du 16 décembre 2014²²⁷⁵ concernait également le problème relatif au refus de transformer la *kafala* en adoption, les faits d'espèce étant sensiblement différents de ceux de l'affaire *Harroudj*. En l'occurrence, le premier requérant et la deuxième requérante était un couple marié de nationalité belge. La troisième requérante, de nationalité marocaine, était la nièce de la deuxième requérante. L'enfant a été confiée par ses parents biologiques aux deux premiers requérants par le biais d'une *kafala*. La Belgique n'interdisait pas l'adoption en elle-même mais elle était soumise à une procédure stricte. Estimant que les conditions n'étaient pas remplies dans le cas d'espèce, les juridictions belges ont rejeté les demandes en prononciation d'adoption. Relevant que les autorités belges ont procédé à un examen *in concreto* des faits de la cause comme les y oblige l'article 8 de la Convention, la Cour européenne a considéré que les dispositions de cet article n'ont pas été violées dans le cas d'espèce.

801 Lien social et lien juridique. Soulignant la différence entre la transformation de la *kafala* en adoption et la reconnaissance de l'adoption internationale, la Cour européenne estime que, dans le cadre de la *kafala*, il est en cause la création d'une situation juridique nouvelle dans le pays d'accueil, et non pas la reconnaissance du statut juridique créé valablement à l'étranger comme dans le cadre de l'adoption internationale²²⁷⁶. Dans ces conditions, la Cour estime que les Etats n'ont pas d'obligation de transformer la *kafala* en adoption (A.) à condition de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans leur appréciation (B.).

²²⁷⁵ *Chbihi Loudoudi et autres c/ Belgique* du 16 décembre 2014, req. n° 52265/10 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2015, p. 47, obs. E. Viganotti ; *RCDIP* 2015, n°2, p. 432, obs. F. Marchadier.

²²⁷⁶ *Harroudj c/ France*, préc., § 47 ; *Chbihi Loudoudi et autres c/ Belgique*, préc., § 91.

A. L'absence d'obligation de transformer la *kafala* en adoption

802 Position en retrait. En matière de *kafala*, la Cour se met dans une position en retrait par rapport au contrôle bien plus étroit exercé sur les mécanismes nationaux de droit international privé en matière d'adoption internationale²²⁷⁷. En effet, elle choisit d'une part, de statuer sous l'angle de l'obligation positive et d'autre part, d'accorder une large marge d'appréciation à l'Etat en raison de l'absence de consensus en la matière.

803 Obligation positive. En rappelant le principe selon lequel « en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille »²²⁷⁸, la Cour européenne estime que le lien constitutif d'une vie familiale existe entre l'enfant et ses parents dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.*²²⁷⁹, comme dans les affaires *Harroudj*²²⁸⁰ et *Chbihi Loudidou*²²⁸¹. En effet, la Cour européenne reconnaît assez facilement l'existence du lien constitutif d'une vie familiale dans la famille de fait²²⁸². Toutefois, la reconnaissance de ce lien ne se traduit pas forcément par la reconnaissance juridique de celui-ci et la Cour rappelle que « les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter »²²⁸³. Mais « cela n'exclut toutefois pas que les Etats parties à la Convention puissent néanmoins se trouver, dans certaines circonstances, dans l'obligation positive de permettre la formation et le développement de liens familiaux »²²⁸⁴.

804 Absence de consensus. Ensuite, elle rappelle le principe selon lequel « la marge d'appréciation dont dispose les Etats contractants est de façon générale ample [...] » et que « cela est d'autant plus vrai lorsqu'il n'existe pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe »²²⁸⁵. Ainsi, dans l'affaire *Harroudj*, la Cour considère que la marge d'appréciation dont dispose l'Etat français « doit être considérée comme ample » car « aucun Etat n'assimile la *kafala* à l'adoption mais que, en droit français et dans d'autres Etats, celle-ci a des effets comparables à ceux d'une tutelle, d'une curatelle ou d'un placement en vue d'une adoption. De plus, il n'y a pas de

²²⁷⁷ Voir *Supra.*, n° 727 et s.

²²⁷⁸ *Marckx c/ Belgique*, préc. § 31.

²²⁷⁹ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, préc. § 117.

²²⁸⁰ *Harroudj c/ France*, préc., § 46

²²⁸¹ *Chbihi Loudidou et autres c/ Belgique*, préc., § 79.

²²⁸² Voir *Supra.*, n° 723.

²²⁸³ *Fretté c/ France*, préc., § 29 ; *Harroudj c/ France*, préc., § 46

²²⁸⁴ *Ibid.*

²²⁸⁵ *Harroudj c/ France*, préc., § 44.

communauté de vue entre les Etats membres sur la question de savoir si la prohibition par la loi nationale de l'enfant mineur constitue un obstacle à l'adoption »²²⁸⁶. Sur ce point, certains auteurs²²⁸⁷ trouvent que cette application du droit comparé est lapidaire et contestable, permettant juste à la Cour de justifier une « ample marge d'appréciation » accordée à l'Etat français. Selon ces auteurs, même en l'absence d'un consensus clair, la position de la France reste quand même isolée car la plupart des pays se montrent favorables à l'adoption d'enfants originaires de pays prohibant l'adoption. Même pour les pays les plus réticents (Finlande, Suisse, Danemark, Suède, Belgique), l'adoption reste possible lorsque certaines conditions sont remplies. Dans ces conditions, la Cour aurait dû « faire peser une obligation positive plus forte sur la France, dont la position restrictive reste tout à fait isolée en Europe »²²⁸⁸.

805 Textes internationaux. Pour estimer que le seul statut fondé sur la *kafala*, suffit à permettre à la requérante et à l'enfant de développer leur vie familiale normale, la Cour européenne se borne à dire que le refus des autorités étatiques tient en grande partie au souci du respect de l'esprit et de l'objectif des conventions internationales²²⁸⁹. À ce titre, la Cour européenne estime que les autorités nationales ont pris appui sur les Convention de la Haye de 1993²²⁹⁰ et de 1996²²⁹¹, ainsi que sur la Convention internationale des droits de l'enfant²²⁹². Cette dernière reconnaît expressément dans son article 20 la *kafala* du droit islamique comme « protection de remplacement », au même titre que l'adoption et son article 21 oblige les Etats qui admettent l'adoption à s'assurer que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale²²⁹³. Toutefois, cette délimitation des exigences de la Convention européenne à travers le prisme des textes internationaux, notamment de la Convention internationale des droits de l'enfant conduit la Cour « à éluder la confrontation directe du droit [interne] aux exigences de l'article 8 au profit d'un contrôle à deux niveaux » et « à une acceptation abstraite de

²²⁸⁶ *Ibid.*, § 48.

²²⁸⁷ P. Hammje, « L'interdiction de l'adoption face aux droits fondamentaux », *D.* 2012, p. 2947 ; C. Siffrein-Blanc, « Kafala et adoption vues par la CEDH », *RDLF* 2012, chron. 25.

²²⁸⁸ P. Hammje, « L'interdiction de l'adoption face aux droits fondamentaux », préc.

²²⁸⁹ *Harroudj c/ France*, préc., § 50.

²²⁹⁰ La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, adoptée dans le cadre de la Conférence de La Haye de Droit international privé.

²²⁹¹ La Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, adoptée elle aussi dans le cadre de la Conférence de La Haye de Droit international privé.

²²⁹² *Harroudj c/ France*, préc., §§ 49 et 50 ; *Chbihi Loudoudi et autres c/ Belgique*, préc., §§ 98 à 99.

²²⁹³ *Ibid.*

l'intérêt de l'enfant, qui repose quasi exclusivement sur le constat de la reconnaissance internationale de la *kafala*²²⁹⁴.

B. L'exigence d'une prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant

806 Exigence. Au regard des exigences précédemment délimitées, la Cour européenne va examiner si, en l'absence de l'établissement de la filiation par adoption, le seul statut fondé sur la *kafala*, suffit à permettre à la requérante et à l'enfant de développer leur vie familiale normale. Elle estime dans l'affaire *Chbihi Loudoudi et autres c/ Belgique* qu'elle doit vérifier « si, conformément à sa jurisprudence relative à l'article 8 de la Convention, l'intérêt supérieur de l'enfant, en tant que composante du respect de la vie familiale, a constitué la principale considération des juridictions belges dans l'évaluation des intérêts concurrents en présence »²²⁹⁵. Toutefois, fidèle à sa méthode de l'appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour va exercer une rare appréciation *in abstracto* de cette notion dans les cas d'espèce (1°), au détriment de la consécration de l'intérêt concret de l'enfant (2°).

1° Une rare appréciation *in abstracto* de l'intérêt supérieur de l'enfant

807 Respect des Conventions internationales. Pour estimer que le seul statut fondé sur la *kafala*, suffit à permettre à la requérante et à l'enfant de développer leur vie familiale normale, la Cour européenne se borne à constater que le refus des autorités étatiques tient en grande partie au souci du respect de l'esprit et de l'objectif des conventions internationales²²⁹⁶.

808 Absence de difficultés insurmontables. Elle relève également, dans l'affaire *Harroudj*, qu'en raison de l'interdiction de l'adoption, les difficultés rencontrées par les requérantes ne sont pas insurmontables. Ainsi, elle se borne à relever que la *kafala* est reconnue de plein droit en France et qu'elle y produit des effets comparables en l'espèce à ceux d'une tutelle dès lors que l'enfant était sans filiation lors de son recueil. En l'espèce, la requérante et l'enfant avaient le même nom de famille et la première était titulaire de l'autorité parentale lui permettant de prendre à l'égard de l'enfant toute

²²⁹⁴ P. Hammje, « L'interdiction de l'adoption face aux droits fondamentaux », préc.

²²⁹⁵ *Chbihi Loudoudi et autres c/ Belgique*, préc., § 97.

²²⁹⁶ *Harroudj c/ France*, préc., § 50.

décision dans son intérêt²²⁹⁷. En ce qui concerne le fait que la *kafala* ne crée pas de lien de filiation, et est dépourvue d'effets successoraux et ne suffit pas pour permettre à l'enfant d'acquérir la nationalité du recueillant, la Cour considère que ces problèmes peuvent être résolus par la rédaction d'un testament qui peut combler l'absence de statut successoral²²⁹⁸.

809 Interdiction temporaire. La Cour européenne considère également que dans le cas d'espèce, l'interdiction de l'adoption n'était pas absolue, ne privant pas l'enfant, de façon définitive, de tout statut juridique. Ainsi, la Cour considère que la *kafala* organisée selon le droit français a institué « une articulation flexible » entre le droit de l'Etat d'origine de l'enfant et le droit national permettant d'effacer progressivement la prohibition de l'adoption. Elle souligne que le droit français « ouvre des voies d'assouplissement » au statut prohibitif de l'adoption car l'enfant a la possibilité d'obtenir, dans un délai réduit, la nationalité française, et ainsi la faculté d'être adopté, lorsqu'il a été recueilli en France par une personne de nationalité française. Selon la Cour, il s'agit d'une possibilité dont l'enfant pourrait déjà bénéficier dans le cas d'espèce. Par conséquent, la Cour considère que la France, « qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante »²²⁹⁹. Selon le Professeur Marguénaud, c'est au tour du respect du pluralisme culturel que la solution de l'arrêt *Harroudj* est articulée²³⁰⁰. L'auteur trouve que « la Cour dilue l'intérêt supérieur de l'enfant au point de le perdre de vue pour mieux pouvoir justifier sa solution »²³⁰¹.

2° L'intérêt concret de l'enfant non consacré

810 Gênes de l'absence de la filiation. Selon Nicolan Hervieu,²³⁰² les gênes de l'absence de la filiation sont réelles, notamment vis-à-vis de l'administration, en termes de droit des étrangers ou droits sociaux. Mais la Cour avance le fait que si gêne il y a, elle ne sera que temporaire pour l'enfant car la prohibition de l'adoption s'efface

²²⁹⁷ *Harroudj c/ France*, préc., § 51.

²²⁹⁸ *Ibid.*

²²⁹⁹ *Ibid.*

²³⁰⁰ J.-P. Marguénaud, « La réception européenne de la *kafala* », *RTD civ.* 2012, p. 705.

²³⁰¹ *Ibid.*

²³⁰² N. Hervieu, « L'adoption internationale aux prises avec la *kafala* sous le regard européen », in *Lettre « Actualités Droits Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012.

progressivement²³⁰³. La Cour utilise également ce raisonnement dans l'affaire *Gas et Dubois c/ France* dans lesquelles la démarche européenne minimisait à l'excès les conséquences néfastes de l'absence de filiation²³⁰⁴. Dans le même sens, l'argument selon lequel l'enfant aura la nationalité française à la majorité n'est pas convaincant car c'est pendant la minorité que celle-ci a besoin de plus de protection. Selon le Professeur Marguénaud, « la Cour en arrive donc à faire le pari que le malheur ne viendra pas frapper l'enfant avant le moment de sa majorité où, dans les deux cas, une adoption simple deviendra au moins et toujours possible tant au regard des conditions de l'article 360 que de celles de l'article 370-3 du code civil » mais « c'est pourtant bien la crainte qu'un malheur ne survienne pendant l'enfance ou l'adolescence qui est au cœur de la démarche des requérants [...] »²³⁰⁵.

811 **Enfant n'ayant pas de lien de filiation établi.** Les gênes de l'absence de la filiation sont notamment problématiques pour les enfants n'ayant pas de lien de filiation établi comme c'était le cas dans l'affaire *Harroudj*. L'argument du respect du pluralisme culturel n'est pas non vraiment compréhensible dans le cas d'espèce. En effet, la France autorise l'adoption lorsque l'enfant est né et réside en France. Dans l'affaire *Harroudj*, la Cour européenne refuse de sanctionner la France par le seul fait que l'enfant n'est pas née en France et donc la double condition de proximité n'est pas remplie. Toutefois, on comprend mal « la différence entre les enfants qui sont nés en France et ceux comme dans le cas d'espèce : orphelin, les liens coupés avec la famille et le pays d'origine car elle est arrivée en France à l'âge de trois mois »²³⁰⁶. On ne voit pas non plus la différence entre les enfants recueillis dans le cadre de la *kafala* et dans le cadre de l'adoption internationale. Dans les deux cas, lorsqu'il s'agit d'enfants en très bas âge n'ayant pas de liens de filiation biologique, « les liens avec l'Etat d'origine sont extrêmement ténus » et « la question de l' « intégration » au sein du pays d'accueil ne se pose pas vraiment »²³⁰⁷.

812 **Nécessité d'assouplir des conditions d'adoption.** Selon les auteurs, la logique commanderait un assouplissement des conditions de proximité, notamment pour l'enfant sans famille à l'étranger, dès lors que l'adoption ne fait que « consolider une

²³⁰³ *Harroudj c/ France*, préc., § 51.

²³⁰⁴ *Gas et Dubois c/ France*, préc. ; pour le développement sur ce point, voir *Supra.*, n° 769 et s.

²³⁰⁵ J.-P. Marguénaud, « La réception européenne de la kafala », préc.

²³⁰⁶ C. Siffrein-Blanc, « Kafala et adoption vues par la CEDH », préc.

²³⁰⁷ N. Hervieu, « L'adoption internationale aux prises avec la *kafala* sous le regard européen », préc.

coupure déjà consommée » avec le pays d'origine²³⁰⁸. Le délai de cinq ans pour acquérir la nationalité française est déjà incontestablement trop long pour un enfant dépourvu de tous les liens familiaux dans son pays d'origine. Les auteurs ne suggèrent pas vraiment de supprimer l'interdiction de l'adoption, mais des aménagements ne seraient pas inutiles pour protéger les liens familiaux²³⁰⁹. La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant²³¹⁰ modifie l'article 21-12 du Code civil. Cette modification permet aux enfants recueillis dans le cadre de la *kafala* par une personne française, qu'ils soient élevés en France ou à l'étranger, d'acquérir la nationalité française dans un délai de trois ans.

813 **Enfant ayant un lien de filiation établi.** Les gênes sont moins problématiques pour les enfants ayant un lien de filiation établi comme c'était le cas dans l'affaire *Chbihi Loudidou et autres c/ Belgique*. En l'espèce, la différence avec l'affaire *Harroudj*, justifiait le refus de condamnation de la Cour. L'enfant avait toujours les liens de filiation établis au regard de ses parents biologiques. Celle-ci conserve d'ailleurs ses liens avec sa famille maternelle au Maroc. On n'est pas du tout dans l'hypothèse d'un enfant sans filiation dont tous les liens sont coupés avec son pays d'origine. La Cour estime ainsi, à juste titre²³¹¹, que les requérants parvenaient à vivre ensemble « dans des conditions globalement comparables à celles des autres familles »²³¹². Sur ce point, la Cour relève que, malgré le stress émotionnel ressenti²³¹³, « le seul obstacle réel qui s'est présenté a été l'impossibilité pour la troisième requérante de participer à un voyage scolaire en raison du fait que la jeune fille ne possédait pas de titre de séjour pendant [cette période] »²³¹⁴. Par conséquent, la Cour est de l'avis que « même en accordant, [...], un poids important à l'intérêt de l'enfant, il serait déraisonnable de considérer, sur la base de cette seule conséquence, que l'Etat belge était tenu, [...], d'accorder un titre de séjour à durée illimitée pour protéger la vie

²³⁰⁸ H. Muir Watt, « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale », *RCDIP* 1999, 469, spéc. 486.

²³⁰⁹ H. Fulchiron, « L'adoption sur kafala ne vaut », *D.* 2007, n° 12, p. 821.

²³¹⁰ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

²³¹¹ Voir *a contrario*, *Chbihi Loudidou et autres c/ Belgique*, préc., opinion dissidente commune aux juges Karakas, Vucinic et Keller ; dans le même sens, F. Marchadier, « Refus de prononcer l'adoption d'un enfant confiée au titre de la *kafala* », *RCDIP* 2015, p. 432.

²³¹² *Chbihi Loudidou et autres c/ Belgique*, préc., § 103.

²³¹³ *Ibid.*, § 134.

²³¹⁴ *Ibid.*, § 136.

privée de la troisième requérante »²³¹⁵. Par ailleurs, elle considère que « l'article 8 de la Convention ne peut pas être interprété comme garantissant, en tant que tel, le droit à un type particulier de titre de séjour »²³¹⁶. Dans le souci de garantir la cohérence du statut de l'enfant, la Cour européenne constate ainsi qu'« on ne saurait en effet déduire de l'article 8 de la Convention, comme semblent le faire les requérants, une conception univoque de l'intérêt de l'enfant qui exigerait que soit prononcée, alors que l'enfant disposait déjà d'une filiation lors de son recueil, une adoption au sens de la loi belge. Les autorités belges pouvaient estimer, au contraire, que l'intérêt de l'enfant exigeait qu'elle n'ait qu'une et même filiation, aussi bien au Belgique qu'au Maroc »²³¹⁷. L'argument selon lequel l'adoption de l'enfant donnera naissance à un statut boiteux est ici valable, contrairement à celui dans l'affaire *Harroudj*. Cette affaire, « s'inscrit dans la tendance de la Cour européenne à privilégier la vie familiale de fait sans exiger que celle-ci fasse l'objet d'une reconnaissance juridique »²³¹⁸.

²³¹⁵ *Ibid.*, § 137.

²³¹⁶ *Ibid.*, § 135.

²³¹⁷ *Ibid.*, § 101.

²³¹⁸ A. Gouttenoire, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2.

Conclusion du Titre 2

814 **Jeu d'équilibre.** Le problème concernant le rattachement de l'enfant à sa famille tourne autour de la mise en balance entre des droits et intérêts de l'enfant et ceux de son ou ses parents. C'est cette mise en balance des droits et intérêts qui permet à la Cour européenne des droits de l'homme de trancher, à travers sa jurisprudence, les questions de savoir si l'enfant, dans des différentes circonstances, a le droit de connaître ses origines et le droit d'être juridiquement rattaché à sa famille. La jurisprudence de la Cour en ce domaine peut être classée en trois thèmes : l'accès à la vérité biologique et le droit au secret ; la mise en accord de la réalité juridique avec de la vérité biologique et la mise en accord de la réalité juridique avec de la vérité affective.

815 **Accès à la vérité biologique et droit au secret.** Grâce au progrès scientifique, la vérité biologique peut aujourd'hui être obtenue à travers des tests ADN. Mais face au droit au secret des parents, la Cour européenne ne garantit pas à l'enfant l'accès à la vérité biologique de la même manière, s'agissant de la filiation maternelle et de la filiation paternelle. En ce qui concerne la connaissance de ses origines maternelles, la Cour européenne fait prévaloir le droit au secret de la mère sur le droit de l'enfant de connaître ses origines. La position de la Cour peut se comprendre car concernant l'accouchement sous X, le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines est confronté, principalement au droit de la femme à conserver son anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées. Mais son droit est également confronté à l'intérêt général relatif à la protection de la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement. Comme souligne très justement le Professeur Gouttenoire, « l'accouchement sous X ne met pas seulement en concurrence un droit de la mère et un droit de l'enfant mais également deux droits de l'enfant à des moments différents de sa vie, son droit à la santé et à la vie d'une part,

son droit à la connaissance des origines d'autre part»²³¹⁹. A l'inverse, la Cour européenne consacre un véritable droit de l'enfant de connaître ses origines, s'agissant de ses origines paternelles. Ainsi, si la Cour européenne ne consacre pas le droit à l'accès à l'expertise biologique en tant que tel, elle entend assurer le droit de l'enfant de lever, sans délai inutile, les incertitudes sur son identité personnelle. La Cour impose ainsi aux Etats de tirer les conséquences du refus du père présumé de se soumettre aux tests ADN, car « le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est déterminant dans le cadre d'une action en recherche de paternité [...] »²³²⁰. Dans le même ordre d'idée, la Cour considère que la mesure de sauvegarde de justice ne prive pas le père prétendu du droit de consentir personnellement à un prélèvement ADN²³²¹ et que l'expertise biologique *post-mortem* constitue une ingérence relativement peu intrusive²³²². La Cour est allée jusqu'à imposer à l'enfant l'obligation de connaître ses origines, alors même qu'il le refuse. Selon la Cour, l'intérêt de celui-ci était avant tout de connaître la vérité sur ses origines²³²³.

816 **Mise en accord de la réalité juridique avec de la vérité biologique.** La mise en accord de la réalité juridique avec de la réalité juridique a plus de chance de succès lorsque l'enfant n'a pas de filiation légale établie. L'intérêt de l'enfant est donc, avant tout, d'être rattaché à sa famille. Dans cette hypothèse, la Cour européenne met à la charge de l'Etat une obligation de faciliter l'établissement de la filiation biologique de l'enfant tant lorsque la demande provient du père biologique de l'enfant que lorsque la demande provient de l'enfant lui-même. En s'appuyant sur le fait que la filiation paternelle biologique est considérée comme un élément essentiel de l'identité de l'enfant, la Cour est allée jusqu'à imposer à la France une obligation d'établir cette filiation alors même qu'il s'agit de donner effet à une convention de GPA, chose qui est interdit en France²³²⁴. Toutefois, s'agissant de l'enfant ayant une filiation légale établie,

²³¹⁹ A. Gouttenoire, « L'accouchement sous X italien condamné par la Cour européenne des droits de l'homme », *Lexbase Hebdo – édition privée générale* 2012, n° 503.

²³²⁰ *Mikulic c/ Croatie*, préc., § 65.

²³²¹ *Pascaud c/ France*, préc., § 66.

²³²² *Jäggi c/ Suisse*, préc., § 41.

²³²³ *Mandet c/ France*, préc., § 56.

²³²⁴ *Mennesson et Labassee c/ France* du 26 juin 2014, req. n° 65192/11 et 65941/11 : *D.* 2014, n° 31, p. 1773, obs. H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon ; *D.* 2014, n° 31, p. 1787, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *D.* 2014, n° 31, p. 1797, note F. Chénéde ; *D.* 2014, n° 31, p. 1806, obs. L. d'Avout ; *AJDA* 2014, chron n° 31, p. 1772, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *Revue générale du droit* 2014, n° 3, obs. M. Doulet ; *JCP G* 2014, n° 28, p. 1409, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2014, n° 30, p. 1486, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2014, n° 38, p. 1650 ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 204-

la demande d'établir la filiation biologique provenant du père biologique prétendu a moins de chance de succès. Si dans la jurisprudence antérieure, la Cour européenne semblait imposer aux Etats une obligation positive consistant à consacrer la filiation biologique lorsque celle-ci est corroborée par la réalité affective, dans sa jurisprudence récente, elle semble laisser aux Etats une plus large marge d'appréciation. Ce qui amène la Cour européenne à accepter des solutions étatiques divergentes. Ainsi, la Cour a accepté que l'Etat pouvait refuser l'établissement de la filiation paternelle biologique même lorsque celle-ci a été corroborée par la réalité affective²³²⁵. A l'inverse, la Cour européenne a approuvé les autorités internes dans leur choix de faire prévaloir la filiation biologique au détriment de la filiation légale et affective, et ce même lorsque c'était contraire à la volonté des parents légaux et de l'enfant²³²⁶. Dans le même ordre d'idée, la mise en accord de la réalité juridique avec de la vérité biologique doit conduire à permettre de contester la filiation biologiquement fautive. D'après la jurisprudence de la Cour, l'action en contestation de paternité émanant du père légal a plus de chance de succès, notamment lorsque l'enfant donne son accord.

817 Mise en accord de la réalité juridique avec de la vérité affective. La jurisprudence de la Cour montre que si l'obligation de protéger juridiquement la vie familiale connaît un épanouissement évident lorsque la vie familiale est fondée sur une parenté biologique ou juridique, en revanche, ses effets sont beaucoup plus limités lorsque la vie familiale existe en dehors de toute parenté²³²⁷. Dans l'arrêt *Harroudj c/ France* du 4 octobre 2012²³²⁸ relatif aux enfants recueillis dans le cadre de la *Kafala* et dont l'adoption est interdite en France, la Cour européenne admet que lorsque la reconnaissance juridique de la vie familiale se heurte à un obstacle juridique, l'analyse de la cour consiste à ne pas forcément déduire de l'existence de la vie familiale, sa reconnaissance juridique dès lors que les personnes en cause peuvent concrètement

205, p. 12, obs. E. Viganotti ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 257-259, p. 44, obs. S. Hamou ; *RJPF* 2014, n° 9, p. 46, obs. T. Garé.

²³²⁵ *Chavdarov c/ Bulgarie* du 21 décembre 2010, req. n° 3465/03 : *JDI* 2011, n° 2011-4, p. 1345, obs. D. Lachal.

²³²⁶ *Mandet c/ France* du 14 janvier 2016, req. n° 30955/12 : *Gaz. Pal.* 2016, n° 15, p. 82, obs. I. Rein-Lescastereyres ; *JCP G* 2016, n° 11, p. 524, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2016, n° 3, p.43, obs. H. Fulchiron ; *RJPF* 2016, n° 3, p. 34, obs. A. Cheynet de Beaupré ; *Lexbase Hebdo Edition Privée* 2016, n° 644, obs. A. Gouttenoire.

²³²⁷ En ce sens, *GACEDH* n° 51.

²³²⁸ *Harroudj c/ France* du 4 octobre 2012, req. n° 43631/09 : *D.* 2012, p. 2392 ; *JCP G* 2012, 1945, obs. G. Gonzalez ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012, obs. N. Hervieu ; *Dalloz actualité*, 17 octobre 2012, obs. M. Kebir ; *AJF* 2012, p. 546, obs. A. Boiché ; *RLDF* 2012, chron. n° 25, obs. C. Siffrein-Blanc.

vivre une vie famille normale. Dans le même ordre d'idée, la possibilité pour un transsexuel d'établir un lien de filiation avec son enfant né de l'IAD²³²⁹ et l'ouverture de l'adoption coparentale aux couples homosexuels sont laissées à la discrétion de chaque Etat²³³⁰. En ce qui concerne la reconnaissance de la filiation juridique légalement établie à l'étranger, la Cour européenne, dans les affaires *Menesson et Labassee*²³³¹ du 26 juin 2014, a suivi la ligne de sa jurisprudence dans l'arrêt *Harroudj c/ France* du 4 octobre 2012 pour ne pas imposer la reconnaissance de la filiation maternelle des enfants nés à l'issue de la GPA réalisée à l'étranger. Selon la Cour, l'atteinte portée au respect de la vie familiale par le défaut de sa reconnaissance juridique n'est pas suffisamment grave pour constituer une violation dès lors que cette vie familiale peut s'épanouir en fait. En revanche, la Cour européenne impose à l'Etat de reconnaître la filiation de l'enfant établi dans le cadre de l'adoption internationale mais cette obligation provient en grande partie du fait que les interdictions dans les cas d'espèces ne sont plus d'actualité²³³².

²³²⁹ *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni* du 22 avril 1997, req. n° 21830/93 : *JCP G* 1998, I, 107, obs. F. Sudre.

²³³⁰ *Gas et Dubois c/ France*, du 15 mars 2012, req. n° 25951/07 : *AJDA* 2012, 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2012, 1241, obs. I. Gallmeister, note A. Dionisi-Peyrusse ; *Lexbase Hebdo – Edition privée Générale*, 29 mars 2012, n° 479, obs. A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2012, 220, obs. C. Siffrein-Blanc ; *AJF* 2012, 163, point de vue F. Chénéde ; *RTD civ.* 2012, 275, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2012, 306, obs. J. Hauser

²³³¹ *Menesson et Labassee c/ France*, préc.

²³³² *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg* du 28 juin 2007, req. n° 76240/01 : *RTD civ.* 2007, 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *RJPF* 2007-11/36, obs. M.-C. Le Boursicot ; *JDI* 2008, chron. n° 5 ; *AJDA* 2007, p. 1918, obs. J.-F. Flauss ; *RTD civ.* 2007, 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *RCDIP* 2007, p. 807, obs. P. Kinsch ; *Negrepontis-Giannis c/ Grèce* du 3 mai 2011, req. n° 56759/08 : *Lexbase Hebdo édition privée générale* n° 439 (n° *Lexbase A2837HQ7*), obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2011, n° 6, alerte 48, obs. M. Bruggeman ; *JDI* 2012, comm. 7, note A. Dionisi-Peyrusse ; P. Kinsch, « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *RCDIP* 2011, p. 817.

Conclusion de la deuxième partie

818 Vie familiale et titre. Rappelant que « pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale et des mesures internes qui les en empêchent constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention »²³³³ et que « [...] l'éclatement d'une famille constitue une ingérence très grave »²³³⁴ et de ce fait le souci de l'intérêt supérieur de l'enfant doit revêtir dans chaque cas une importance décisive »²³³⁵, l'on a vu que, dans le domaine de la protection des relations parents-enfants, la Cour européenne mobilise la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant de manière très poussée afin de protéger efficacement chaque enfant ayant un besoin propre et différent. Par exemple, pour les enfants faisant l'objet d'un placement dans le cadre de l'assistance éducative, le maintien de lien avec leur famille d'origine n'est pas vraiment une obligation. La jurisprudence de la Cour européenne dans le domaine du rattachement de l'enfant à sa famille démontre la même tendance : la protection effective de la vie familiale est plus importante que la consécration d'un titre liant l'enfant à son (ou ses) parent(s). La Cour souligne à plusieurs reprises que, s'agissant de la question de la consécration juridique dans une famille affective, « l'article 8 ne saurait passer pour impliquer que l'Etat défendeur est dans l'obligation de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique »²³³⁶. S'agissant de la filiation biologique, dans l'affaire *Chavdarov c/ Bulgarie* du 21 décembre 2010, la Cour a accepté que l'Etat pouvait refuser l'établissement de la filiation paternelle biologique même lorsque celle-

²³³³ *Olsson n° 1 c/ Suède* du 24 mars 1988, § 59 : *JDI* 1989, 789, obs. P. Tavernier.

²³³⁴ *Olsson n° 1 c/ Suède* du 24 mars 1988, série A., n° 130, § 72.

²³³⁵ *K. et T. c/ Finlande*, préc., § 154.

²³³⁶ *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni*, préc., § 52.

ci est corroborée par la réalité affective²³³⁷. La Cour semble ainsi accorder moins d'importance à l'établissement d'une filiation juridique, même en ce qui concerne la filiation juridique qu'au fait que la vie familiale entre l'enfant et ses enfants peut s'épanouir en fait. Désormais, la Cour européenne donne une large marge d'appréciation aux Etats en matière de filiation, et elle semble se limiter à vérifier uniquement si, les autorités internes ont bien placé l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur de leurs considérations et si, en l'absence de l'établissement de la filiation, l'enfant et son parent peuvent développer leur vie familiale normale. Pour souligner la différence que la Cour européenne souhaite accorder à la protection des relations parents-enfants et à la consécration d'un titre juridique, elle estime dans l'affaire *Ahren c/ Allemagne* du 22 mars 2012 que l'intérêt de l'enfant ne doit pas être apprécié de la même manière dans le cadre d'une action concernant la relation parent-enfant et dans le cadre d'une action concernant le statut juridique du mineur et que si les Etats sont tenus de rechercher s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de permettre au père biologique de nouer une relation avec celui-ci, par exemple en accordant un droit de visite, cela n'implique pas nécessairement une obligation fondée sur la Convention d'autoriser le père biologique à contester le statut du père légal²³³⁸.

819 **Appréciation *in concreto* et *in abstracto*.** L'appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant est au cœur du raisonnement de la Cour européenne dans le domaine de la protection des relations parents-enfants. La Cour a rappelé à plusieurs reprises que cet intérêt devait être apprécié concrètement par le juge²³³⁹. Elle n'hésite pas à condamner un Etat lorsque les autorités internes ont omis de recourir à l'appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant dans leurs décisions²³⁴⁰. Dans l'affaire *Hoffmann c/ Autriche* du 23 juin 1993²³⁴¹, la Cour conclut à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8, le refus de l'octroi du droit de garde à la mère en raison essentiellement de son appartenance aux Témoins de Jéhovah. L'intérêt supérieur

²³³⁷ *Chavdarov c/ Bulgarie* du 21 décembre 2010, req. n° 3465/03 : *JDI* 2011, n° 2011-4, p. 1345, obs. D. Lachal.

²³³⁸ *Ahren c/ Allemagne* du 22 mars 2012, req. n° 45071/09, § 74 ; *Kautzor c/ Allemagne* du 22 mars 2012, req. n° 23338/ 09 : *JCP G* 2012, n° 35, p. 1531, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2012, n° 5, p. 25, obs. M. Bruggman ; *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.

²³³⁹ *Hoffmann c/ Autriche* du 23 juin 1993, req. n° 12875/87 : *D.* 1994, p. 326, obs. J. Hauser ; *LPA* 1993, n° 138, p. 20, obs. I. Rouvuère-Perrier ; *RTDH* 1994, p. 405, obs. J. Morange.

²³⁴⁰ *Sporer c/ Autriche* du 3 février 2011, req. n° 35637/03.

²³⁴¹ *Hoffmann c/ Autriche* du 23 juin 1993, req. n° 12875/87 : *D.* 1994, p. 326, obs. J. Hauser ; *LPA* 1993, n° 138, p. 20, obs. I. Rouvuère-Perrier ; *RTDH* 1994, p. 405, obs. J. Morange.

de l'enfant n'a pas été apprécié concrètement par les autorités internes. A l'inverse, en ce qui concerne la différence de traitement fondée sur les croyances ou les religions du parent, la Cour estime dans l'affaire *Gineitienė c/ Lituanie* du 27 juillet 2010²³⁴² que lorsqu'il existe un risque réel mettant l'enfant en danger en raison des croyances du parent, le refus de l'octroi du droit de garde est justifié. Les exemples de l'appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant sont nombreux et divers. Toutefois, il arrive que dans certaines hypothèses, la Cour européenne tente de donner un contenu normatif à cette notion. Dans l'arrêt *Mandet c/ France* du 16 juin 2011²³⁴³ concernant l'action engagée par le père biologique prétendu, en annulation d'une reconnaissance de paternité et en établissement de la filiation biologique, la Cour a validé l'argument des juridictions internes selon lequel même si l'enfant considérait son père légal comme son père et avait noué des liens affectifs très forts avec lui, « son intérêt étant avant tout de connaître la vérité sur ses origines »²³⁴⁴. Selon la Cour, « les décisions [des juridictions internes] ne reviennent pas à faire indûment prévaloir l'intérêt du père biologique sur celui de l'enfant mais à considérer que l'intérêt de l'enfant et du père biologique se rejoignent en partie »²³⁴⁵. La doctrine s'interroge sur le fait de savoir si la Cour voulait vraiment imposer le principe de l'établissement de la filiation biologique même en l'absence de la réalité affective et surtout contre les vœux des personnes concernées, ou si elle ne s'agissait simplement d'un cas d'espèce. L'on peut également constater que parfois la Cour européenne essaie de donner des directives d'interprétation aux Etats. Dans l'affaire *Mamousseau et Washington c/ France* du 6 décembre 2007²³⁴⁶, la Cour européenne exprime le vœu selon lequel la notion d'intérêt supérieur de l'enfant soit « constamment interprétée de manière cohérente, quelle que soit la convention internationale invoquée ». Selon la Cour européenne, cet intérêt présente un double aspect : « d'une part, garantir aux enfants une évolution dans un environnement sain ; d'autre part, maintenir ses liens avec sa famille, sauf dans le cas où celle-ci s'est

²³⁴² *Gineitienė c/ Lituanie* du 27 juillet 2010, req. n° 20739/05.

²³⁴³ *Mandet c/ France* du 14 janvier 2016, req. n° 30955/12 : *Gaz. Pal* 2016, n° 15, p. 82, obs. I. Rein-Lescastereyres ; *JCP G* 2016, n° 11, p. 524, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2016, n° 3, p.43, obs. H. Fulchiron ; *RJPF* 2016, n° 3, p. 34, obs. A. Cheynet de Beaupré.

²³⁴⁴ *Mandet c/ France*, préc., § 56.

²³⁴⁵ *Ibid.*, § 57.

²³⁴⁶ *Mamousseau et Washington c/ France*, du 6 décembre 2007, req. n° 39388/05, § 68 : *AJ fam.* 2008, 83, obs. A. Boiché ; *Dr. famille* 2008, étude n° 14, obs. A. Gouttenoire ; *Procédure* 2008, comm. n° 78, obs. N. Fricero ; M.G. Merloz, « La convention européenne et le respect de l'intérêt de l'enfant : l'enlèvement d'enfant et la Convention de la Haye de 1980 », in P. Tavernier (dir.), « La France et la Cour européenne des droits de l'homme 1998-2008 : une décennie d'application du protocole X, la jurisprudence en 2007 », Bruylant 2009.

montrée particulièrement indigne car briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines »²³⁴⁷.

²³⁴⁷ *Gnahoré c/ France* du 19 septembre 2000, req. n° 40031/98, § 59.

Conclusion générale

820 Recherche de fondement. Bien que non conçue initialement comme une Convention centrée sur l'enfant, la Convention européenne des droits de l'homme a généré, grâce à l'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence la plus abondante de tous les instruments de ce type concernant les droits de l'enfant. La Cour européenne a élaboré une jurisprudence importante sur la protection des droits de l'enfant dans divers domaines. Disposant d'un espace juridique favorable à une interprétation dynamique en vue de protéger les droits de l'enfant, la Cour européenne manque de texte sur lequel elle peut fonder une interprétation favorable aux droits de l'enfant. C'est ainsi qu'elle se réfère principalement à la Convention internationale des droits de l'enfant, l'instrument de protection spécifique des droits de l'enfant le plus précis et le plus adapté mais qui manque son juge. A travers la mobilisation des dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant et l'intégration de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant contenue dans cet instrument dans son raisonnement, la Cour européenne utilise cette Convention comme instrument de construction de sa propre jurisprudence relative à la protection spécifique des droits de l'enfant. Mais si l'intégration de cette Convention dans le raisonnement de la Cour européenne constitue un facteur d'harmonisation dans la mesure où elle incite les Etats membres du Conseil de l'Europe à mettre en œuvre ce traité international tout en leur fournissant une interprétation commune de ses dispositions²³⁴⁸, aucune uniformité absolue s'impose. L'étude de la jurisprudence de la Cour européenne souligne sa volonté croissante de faire de la

²³⁴⁸ A. Gouttenoire, « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica 2008, p. 495.

Convention européenne des droits de l'homme un instrument conventionnel subsidiaire de la protection spécifique des droits de l'enfant

821 La CIDE : élément de consensus européen. Ratifiée par la quasi-totalité des Etats du monde, et par l'intégralité des Etats membres du Conseil de l'Europe, le succès de la Convention internationale des droits de l'enfant a « non seulement attiré l'attention sur les enfants et leurs droits au sein du Conseil de l'Europe, mais également fourni aux juges de Strasbourg une légitimité supplémentaire et des lignes directrices utiles à la protection des droits individuels des enfants »²³⁴⁹. La Cour européenne fait ainsi de cette Convention un élément du consensus européen : elle n'hésite pas à faire de cette dernière une référence commune, susceptible de fonder une interprétation consensuelle de la Convention européenne²³⁵⁰. En s'appuyant sur les dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant, la Cour européenne détermine la marge d'appréciation à accorder aux Etats. Dans cette hypothèse, l'on peut se référer à l'affaire *Mazurek c/ France* du 1^{er} février 2000²³⁵¹ dans laquelle elle sanctionne la réduction de la part successorale d'un enfant adultérin en raison de la nature de sa filiation. La Cour, en se référant à l'interdiction des discrimination entre enfants contenue dans la Convention internationale des droits de l'enfant, considère qu'en matière de droits successoraux des enfants adultérins la marge d'appréciation des Etats est réduite. Dans le même ordre d'idée, la prise en considération de la Convention internationale des droits de l'enfant pour déterminer la marge d'appréciation des Etats se manifeste, *a contrario*, dans les arrêts *T. et V. c/ Royaume-Uni* du 16 décembre 1999²³⁵² relatifs à la détermination de l'âge minimum de la responsabilité pénale. Citée à côté de la Règle de Beijing, la Cour européenne relève que la Convention internationale des droits de l'enfant invite seulement les Etats parties à établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés ne pas avoir la capacité d'enfreindre la loi pénale. La Convention n'utilise pas le terme de la responsabilité pénale et ne donne aucun seuil

²³⁴⁹ G. Van Bueren, *Le droit de l'enfant en Europe – convergence et divergence de la protection judiciaire*, coll. Europe des droits, Editions du Conseil de l'Europe, 2008.

²³⁵⁰ A. Gouttenoire, « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

²³⁵¹ *Mazurek c/ France* du 1^{er} février 2000, *GACEDH* n° 54 ; *JCP G* 2000, II, 10286, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RTD civ.*, 2000, 311, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2000, 429, obs. J.-P. Marguénaud.

²³⁵² *T. et V. c/ Royaume-Uni* du 16 décembre 1999, req. n° 24724/94 et 24888/94 : *Les Petites affiches* 2000, n° 20, p. 6, obs. A. Bullier ; *Dr. fam.*, 2000, n° 3, p. 29, comm. n° 46, obs. A. Gouttenoire.

d'âge²³⁵³. C'est ainsi que la Cour européenne considère que l'examen des textes et instruments internationaux pertinents ne révélait aucune tendance manifeste²³⁵⁴.

822 La CIDE mobilisée. Dans certains arrêts, la Convention internationale des droits de l'enfant est directement mobilisée par la Cour européenne. En citant des dispositions contenues dans cet instrument, la Cour impose aux Etats des obligations positives nouvelles. S'inspirant des dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant²³⁵⁵, la Cour estime dans l'arrêt *A. c/ Royaume-Uni* du 23 septembre 1998²³⁵⁶ que « les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une prévention efficace, les mettant à l'abri des formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne »²³⁵⁷, pour imposer aux Etats une obligation particulière de protection des enfants contre les mauvais traitements commis par des particuliers. La Cour européenne se réfère à l'article 19 et à l'article 37 de la Convention internationale des droits de l'enfant selon lesquels « les Etats prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives, appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'attente ou de brutalités physiques ou mentales [...] » et « [...] veillent à ce que nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Dans l'affaire *Siliadin c/ France* du 26 juillet 2005²³⁵⁸ concernant la lutte contre l'esclavage « domestique », la Cour européenne se réfère à l'article 19²³⁵⁹ et à l'article 32 de la Convention internationale des droits de l'enfant selon lequel « les Etats reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social. [Ils] prennent des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives pour assurer

²³⁵³ *T. c/ Royaume-Uni*, préc., § 71.

²³⁵⁴ *Ibid.*

²³⁵⁵ L'article 19 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant prévoit que les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour protéger l'enfant contre de différentes formes de mauvais traitement. L'article 37 de la même Convention prévoit que les Etats veillent à ce que nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

²³⁵⁶ *A. c/ Royaume-Uni* du 23 Septembre 1998 : *JCP G* 1999. I. 195, obs. F. Sudre.

²³⁵⁷ *A. c/ Royaume-Uni*, préc., § 22 ; *X. et Y. c/ Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A n° 91, §§ 21 à 27 ; *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni* du 22 octobre 1996, §§ 62 à 64 : *JDI*, 1997, p. 249 ; *RTDH*, 1998n p. 781, obs. J. Sace.

²³⁵⁸ *Siliadin c/ France* du 26 juillet 2005, req. n° 73316/01 : *JCP G* 2005. II. 10142, note F. Sudre ; *RDT Civ.* 2005, n°4, p. 740, obs. J-P. Marguénaud ; *Lexbase Hebdo – Edition sociale*, n° 185, obs. C. Willmann ; *RSC* 2006, n° 1, p. 139, obs. F. Massias ; *D.* 2006, n° 25, p. 1717, J-F. Renucci ; *JDI* 2006, n°3, p. 1138, obs. E. Decaux ; *GACEDH* comm. n° 16 ; *RFDA* 2006, p. 321.

²³⁵⁹ *Préc.*

l'application du présent article [...] ». En s'appuyant sur ces dispositions et sur le fait que la requérante était mineure, la Cour considère que l'article 4 de la Convention qui prohibe l'esclavage, la servitude et le travail forcé était applicable. Par conséquent, la Cour estime que les Etats ont l'obligation de criminaliser et réprimer tout acte tendant à maintenir une personne dans une situation contraire à l'article 4. Ainsi, elle estime que les Etats ont l'obligation positive au même titre que l'article 3 d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent les pratiques visées par l'article 4 et de les appliquer concrètement²³⁶⁰.

823 Incorporation. Affirmant, dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c/ Suisse* du 6 juillet 2010²³⁶¹ qu'« il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – au tour du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », la Cour européenne des droits de l'homme a intégré la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa jurisprudence²³⁶² en soulignant la primauté de cet intérêt. Dans l'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006²³⁶³, la Cour n'hésite d'ailleurs pas à se référer à « l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par l'article 3 de la CIDE ». Mais la Cour européenne l'a tellement intégré dans son raisonnement relatif à la protection des enfants qu'elle s'abstient de plus en plus souvent de viser la Convention internationale des droits de l'enfant et on peut même se demander si en réalité la notion d'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas une notion contenue dans la jurisprudence européenne indépendamment de la Convention internationale des droits de l'enfant, certains arrêts faisant même référence à cette notion avant l'entrée en vigueur du traité international. Cette appropriation par la Cour européenne des droits de l'homme d'une notion contenue dans la CIDE constitue une autre manifestation de la volonté de la Cour de Strasbourg d'imposer aux Etats certaines obligations substantielles découlant de la CIDE²³⁶⁴.

²³⁶⁰ *Siliadin c/ France*, préc., § 89.

²³⁶¹ *Neulinger et Shuruk c/ Suisse* du 6 juillet 2010, req. n°41615/07, § 102 : *JCP G* 2010, n° 30, p. 1520, obs. B. Pastre-Belda ; *RTD Civ.* 2010, n° 4, p. 735, obs. J-P. Marguénaud ; *RTDE* 2010, n° 4, p. 927 ; *JCP G* 2011, n° 4, p. 182, obs. F. Sudre ; *D.* 2011, n° 20, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke.

²³⁶² A. Gouttenoire, « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

²³⁶³ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique* du 12 octobre 2006, req. n° 13178/03 : *D.* 2007, n° 11, p. 771, obs. P. Muzny ; *RCDIP* 2008, n° 1, p. 35, obs. C. Cournil.

²³⁶⁴ A. Gouttenoire, « La Convention internationale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

824 Interprétation concrète. Par l'intégration de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant parmi ses critères d'appréciations, La Cour a rappelé à plusieurs reprises que cet intérêt devait être apprécié concrètement par le juge²³⁶⁵. La Cour européenne montre sa volonté de mettre la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant au centre de débats concernant la protection de la vie familiale. C'est cet intérêt, apprécié le plus souvent de manière concrète, qui doit conditionner et guider les décisions du juge interne. Ainsi, la Cour souligne dans l'affaire *Fretté c/ France* du 26 février 2002²³⁶⁶ relative à la question de l'obtention de l'agrément en vue d'adoption que « l'adoption est “donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille” et l'Etat doit veiller à ce que les personnes choisies comme adoptantes soient celles qui puissent lui offrir, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables »²³⁶⁷. Elle fait également référence à la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant qui, « selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent »²³⁶⁸.

825 Enfant et la détermination de son intérêt. La Cour européenne, lorsqu'elle cherche à déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant, accorde une grande importance aux désirs de l'enfant. Dans l'affaire *Hokkanen c/ Finlande* du 23 septembre 1994²³⁶⁹, concernant le placement de l'enfant qui ne voulait pas recevoir les visites de son père, la Cour a accepté l'opinion exprimée par la Cour d'appel d'Helsinki d'après laquelle la fille du requérant âgée de douze ans « était devenue suffisamment mûre pour que l'on tînt compte de son avis et qu'il ne fallait donc pas autoriser des visites contre son gré ». Dans le même sens, la Cour admet dans la décision d'irrecevabilité *I.L.V. c/ Roumanie* du 24 août 2010²³⁷⁰ et dans l'affaire *Iyilik c/ Turquie* du 6 décembre 2011²³⁷¹ que la contestation de la filiation paternelle peut être soumise à l'intérêt de l'enfant, voire à la volonté de celui-ci. Ainsi, dans cas du refus de l'enfant de se soumettre à un test ADN, ce refus doit l'emporter sur la recherche de la vérité biologique.

²³⁶⁵ *Hoffmann c/ Autriche* du 23 juin 1993, req. n° 12875/87 : *D.* 1994, p. 326, obs. J. Hauser ; *LPA* 1993, n° 138, p. 20, obs. I. Rouvière-Perrier ; *RTDH* 1994, p. 405, obs. J. Morange.

²³⁶⁶ *Fretté c/ France* du 26 février 2002, req. n° 36515/97 : *JCP G* 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *E.B. c/ France* du 22 janvier 2008, req. n° 43546/02, § 46 : *Dr. fam.* 2008, étude n° 14, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2008, II, 10074, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RJPF* 2008-2/32, obs. S. Valory.

²³⁶⁷ *Fretté c/ France*, préc., § 42.

²³⁶⁸ *Fretté c/ France*, préc., § 42.

²³⁶⁹ *Hokkanen c/ Finlande* du 23 septembre 1994, série A, n° 299-A.

²³⁷⁰ *I.L.V. c/ Roumanie* du 24 août 2010, req. n° 4901/04.

²³⁷¹ *Iyilik c/ Turquie* du 6 décembre 2011, préc., : *D.* 2012, n° 22, p. 1432, obs. F. Granet-Lambrechts ; *JCP G* 2012, n° 10, p. 498, obs. G. Gonzalez et A. Gouttenoire ; *JCP G* 2012, n°4, p. 163, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2011, n° 51, p. 2526, obs. G. Gonzalez.

826 **Essai de définition.** Dans l'affaire *Mamousseau et Washington c/ France* du 6 décembre 2007²³⁷², la Cour européenne exprime le vœu selon lequel la notion d'intérêt supérieur de l'enfant soit « constamment interprétée de manière cohérente, quelle que soit la convention internationale invoquée ». Selon la Cour européenne, cet intérêt présente un double aspect : « d'une part, garantir aux enfants une évolution dans un environnement sain ; d'autre part, maintenir ses liens avec sa famille, sauf dans le cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne car briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines »²³⁷³. Dans l'arrêt *Mandet c/ France* du 16 juin 2011²³⁷⁴ concernant l'action engagée par le père biologique prétendu, en annulation d'un reconnaissance de paternité et en établissement de la filiation biologique, la Cour a validé l'argument des juridictions internes selon lequel même si l'enfant considérait son père légal comme son père et avait noué des liens affectifs très forts avec lui, « son intérêt étant avant tout de connaître la vérité sur ses origines »²³⁷⁵. Selon la Cour, « les décisions [des juridictions internes] ne reviennent pas à faire indûment prévaloir l'intérêt du père biologique sur celui de l'enfant mais à considérer que l'intérêt de l'enfant et du père biologique se rejoignent en partie »²³⁷⁶. Ce faisant la Cour semble admettre que l'intérêt supérieur de l'enfant puisse faire l'objet d'une appréciation abstraite et lui donne un contenu normatif.

827 **Subsidiarité de la Convention**²³⁷⁷. Rappelant dans l'affaire *Handyside c/ Royaume-Uni* du 7 décembre 1976²³⁷⁸, que « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme », la Cour est en effet consciente que « les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe et [...] se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et

²³⁷² *Maumousseau et Washington c/ France*, du 6 décembre 2007, req. n° 39388/05, § 68 : *AJ fam.* 2008, 83, obs. A. Boiché ; *Dr. famille* 2008, étude n° 14, obs. A. Gouttenoire ; *Procédure* 2008, comm. n° 78, obs. N. Fricero ; M.G. Merloz, « La convention européenne et le respect de l'intérêt de l'enfant : l'enlèvement d'enfant et la Convention de la Haye de 1980 », in P. Tavernier (dir.), « La France et la Cour européenne des droits de l'homme 1998-2008 : une décennie d'application du protocole X, la jurisprudence en 2007 », Bruylant 2009.

²³⁷³ *Gnahoré c/ France* du 19 septembre 2000, req. n° 40031/98, § 59.

²³⁷⁴ *Mandet c/ France* du 14 janvier 2011, req. n° 30955/12 : *Gaz. Pal* 2011, n° 15, p. 82, obs. I. Rein-Lescastereyres ; *JCP G* 2011, n° 11, p. 524, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2011, n° 3, p.43, obs. H. Fulchiron ; *RJPF* 2011, n° 3, p. 34, obs. A. Cheynet de Beaupré.

²³⁷⁵ *Mandet c/ France*, préc., § 56.

²³⁷⁶ *Ibid.*, § 57.

²³⁷⁷ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., n° 124.

²³⁷⁸ *Handyside c/ Royaume-Uni* du 7 décembre 1976 : *GACEDH*, n° 7, § 48.

contextes locaux »²³⁷⁹. Ainsi, une tendance se dessine à travers la jurisprudence de la Cour européenne relative à la protection des droits de l'enfant. Celle-ci se met de plus en plus en position de retrait lorsqu'il s'agit de statuer sur des sujets sensibles. Le Professeur Gouttenoire estime en effet qu'en droit de la famille le « principe de subsidiarité est globalement respecté », les exceptions demeurent « limitées en nombre et circonscrites dans leur domaine »²³⁸⁰.

828 Religion et école. Gardant la maîtrise prioritaire dans l'organisation du système éducatif dans son pays, la jurisprudence de la Cour européenne traduit sa volonté de respecter la souveraineté de chaque Etat. En affirmant qu'« elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes »²³⁸¹, la Cour admet que chaque Etat peut aménager le programme des études et l'environnement scolaire selon sa propre conception de laïcité et sa propre conception du respect de la tradition. Ce qui se traduit, d'une part, par l'acceptation du principe de laïcité « négative » refusant toute manifestation de la liberté religieuse dans le milieu scolaire comme en France et en Turquie, et d'autre part, par l'acceptation de la laïcité « positive » ou la « réciprocité » de la liberté de manifester sa religion comme en Italie.

829 Etablissement de la filiation biologique. S'agissant la demande d'établir la filiation biologique provenant du père biologique prétendu, dans la jurisprudence antérieure, la Cour européenne semblait imposer aux Etats une obligation positive consistant à consacrer la filiation biologique lorsque celle-ci est corroborée par la réalité affective. Elle a posé le principe selon lequel « le “respect” de la “vie familiale” exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne »²³⁸². Mais dans sa jurisprudence récente, elle semble laisser aux Etats une plus large marge d'appréciation. Ce qui amène la Cour européenne à accepter des solutions étatiques divergentes. Ainsi, la Cour a accepté que l'Etat pouvait refuser l'établissement de la filiation paternelle biologique même lorsque celle-ci est corroborée

²³⁷⁹ *S.A.S. c/ France*, Gde. Ch., du 1^{er} juillet 2014 : *JCP G* 2014, p. 835, obs. B. Bonnet ; *AJDA* 2014, p. 1348, obs. M.-C. de Monteclerc ; *JCP G* 2014, act. 826, obs. H. Surrel.

²³⁸⁰ A. Gouttenoire, « Les règles communes relatives à la famille », in in F. Sudre (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice », 2014, pp. 187 et s.

²³⁸¹ *L'Affaire « linguistique belge »*, préc., § 10.

²³⁸² *Kroon et autres c/ Pays-Bas* du 27 octobre 1994, req. n° 18535/91, § 40 : *JCP G* 1995, I, 3823, obs. F. Sudre.

par la réalité affective²³⁸³. A l'inverse, la Cour européenne a approuvé les autorités internes dans leur choix de faire prévaloir la filiation biologique au détriment de la filiation légale et affective, et ce même lorsque c'était contraire à la volonté des parents légaux et de l'enfant²³⁸⁴.

830 Etablissement de la filiation affective. Dans l'affaire *Emonet c/ Suisse* du 13 décembre 2007²³⁸⁵ concernant l'adoption coparentale dans le couple non marié, la Cour européenne considère que « là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille », la Cour souligne l'importance que revêt la reconnaissance juridique des familles de fait²³⁸⁶. Mais si l'intérêt de l'enfant permet, dans cet arrêt, à la Cour de considérer que l'enfant doit pouvoir être adopté par le concubin hétérosexuel de sa mère, c'est avant tout parce que le juge européen considère que la différence de régimes entre l'adoption de l'enfant du conjoint et l'adoption de l'enfant du concubin « n'est plus forcément pertinente de nos jours » et qu'il convient d'aller vers une adoption par le concubin du parent de l'enfant qui ne fasse pas perdre à ce dernier son statut juridique vis-à-vis de son enfant. A l'inverse, dans l'affaire *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni* du 22 avril 1997²³⁸⁷, la Cour a considéré que le refus d'enregistrer à l'état civil un transsexuel opéré comme père de l'enfant auquel sa partenaire a donné naissance par suite de l'insémination artificielle avec donneur (l'IAD) ne constituait pas une violation de la Convention. Selon elle, en l'absence de norme européenne en matière d'octroi des droits parentaux aux transsexuels²³⁸⁸ et en l'absence de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe lorsqu'il s'agit de traduire sur le plan juridique la réalité sociale de la relation unissant un enfant conçu par IAD et la personne assumant le rôle de père²³⁸⁹,

²³⁸³ *Chavdarov c/ Bulgarie* du 21 décembre 2010, req. n° 3465/03 : *JDI* 2011, n° 2011-4, p. 1345, obs. D. Lachal.

²³⁸⁴ *Mandet c/ France* du 14 janvier 2016, req. n° 30955/12 : *Gaz. Pal* 2016, n° 15, p. 82, obs. I. Rein-Lescastereyres ; *JCP G* 2016, n° 11, p. 524, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2016, n° 3, p.43, obs. H. Fulchiron ; *RJPF* 2016, n° 3, p. 34, obs. A. Cheynet de Beaupré ; *Lexbase Hebdo Edition Privée* 2016, n° 644, obs. A. Gouttenoire.

²³⁸⁵ *Emonet c/ Suisse* du 13 décembre 2007, req. n° 39051/03 : *JDI* 2008, n° 3, p. 815, obs. A. Jauréguiberry ; *RTD civ.* 2008, n° 2, p. 272, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2008, n° 2, p. 255, obs. J.-P. Marguénaud et P. Remy-Corlay.

²³⁸⁶ *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, préc., § 119 ; *Emonet et autres c/ Suisse*, préc., §§ 63 à 64.

²³⁸⁷ *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni* du 22 avril 1997, req. n° 21830/93 : *JCP G* 1998, I, 107, obs. F. Sudre.

²³⁸⁸ *Ibid.*, § 44.

²³⁸⁹ *Ibid.*

la Cour a considéré que le droit paraît traverser une phase de transition²³⁹⁰. Dans les affaires *Gas et Dubois c/ France*, du 15 mars 2012²³⁹¹ et *X. et autres c/ Autriche* du 19 février 2013²³⁹², la Cour européenne considère que l'ouverture de l'adoption coparentale aux couples homosexuels doit être laissée à la discrétion de chaque Etat²³⁹³, refusant ainsi de se prononcer sur cette question en général.

831 Concurrence de la protection. On peut aujourd'hui confirmer qu'il existe des droits de l'homme de l'enfant qui ont été parfaitement élaborés, notamment par la Convention internationale des droits de l'enfant et à qui la Cour européenne des droits de l'homme a donné corps. La CIDE est une boîte à outil remplie de grands principes abstraits au potentiel normatif indéterminé mais la CIDE n'a pas son juge et sans une interprétation d'un juge la CIDE ne serait qu'une « coquille quasi vide ». Grâce à la Cour européenne qui l'a mise en musique, la CIDE retrouve aujourd'hui toute son effectivité. En contre partie, le succès de la CIDE permet à la Cour européenne d'imposer sa vision des droits de l'enfant aux juges internes. Mais la Cour européenne n'est pas le seul protecteur régional des droits de l'enfant. A ses côtés, la Cour de justice de l'Union européenne s'intéresse également à protéger ces droits et l'on peut aujourd'hui affirmer que les enfants bénéficient d'une protection particulière au sein de l'Union. Celle-ci leur a été explicitement conférée par la Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne, consacrant le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans son article 24, mais elle était déjà implicitement présente dans des arrêts antérieurs de la Cour de justice²³⁹⁴. L'intérêt supérieur de l'enfant est également au cœur du système de protection de droits de l'enfant par la Cour de justice de l'Union européenne. Dans plusieurs décisions concernant des enfants, la Cour de justice de l'Union européenne s'est en effet référée à la fois à la CIDE et à la Charte des droits fondamentaux pour ce qui est du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision le

²³⁹⁰ *Ibid.*

²³⁹¹ *Gas et Dubois c/ France*, du 15 mars 2012, req. n° 25951/07 : *AJDA* 2012, 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2012, 1241, obs. I. Gallmeister, note A. Dionisi-Peyrusse ; *Lexbase Hebdo – Edition privée Générale*, 29 mars 2012, n° 479, obs. A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2012, 220, obs. C. Siffrein-Blanc ; *AJF* 2012, 163, point de vue F. Chénéde ; *RTD civ.* 2012, 275, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2012, 306, obs. J. Hauser

²³⁹² *X. et autres c/ Autriche* du 19 février 2013, req. n° 19010/07 : *AJDA* 2013, n° 31, p. 1795, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *LPA* 2013, n° 161, p. 3, chron. n° 9 ; *JCP G* 2013, n° 29, p. 1476, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2013, chron. n° 28, p. 1401 ; *D.* 2013, panorama, n° 21, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2013, n° 2, p. 363, obs. J. Hauser ; *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2013-9, obs. G. Escudey ; *JCP G* 2013, n° 11, p. 552, obs. H. Surrel ; *D.* 2013, n° 8, p. 502, obs. I. Gallmeister, *JCP G* 2013, n° 9, p. 427, obs. C. Byk.

²³⁹³ *Gas et Dubois c/ France*, préc.

²³⁹⁴ M. Gautier, « Les mineurs dans le droit primaire de l'Union européenne », in C. Gauthier, M. Gautier et A. Gouttenoire (dir.), *Mineurs et droits européens*, coll. « Droits européens », Pédone, 2012, p. 17.

concernant. Dans son arrêt du 27 juin 2006²³⁹⁵ relatif à la directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial, la CJCE fait ainsi un parallèle entre la CIDE, et particulièrement son article 9, et la Charte des droits fondamentaux et précise que cette disposition doit être lue en corrélation avec l'obligation de prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, reconnu à l'article 24 § 2. Dès lors que la Charte des droits fondamentaux a acquis une force contraignante, la Cour de justice a fondé sa jurisprudence relative aux droits de l'enfant sur le seul article 24 de ce traité, en se référant de moins en moins, voire plus du tout, à la CIDE²³⁹⁶.

832 Avenir de la protection. La jurisprudence que dégage la Cour de justice dans le domaine du déplacement illicite d'enfant²³⁹⁷ montre que sa vision n'a pas toujours été la même que celle de la Cour européenne. Dans l'arrêt du 1^{er} juillet 2010, *Doris Povse c/ Mauro Alpagó*²³⁹⁸ la Cour de justice a précisé selon une formule qui se retrouvera dans plusieurs arrêts relatifs aux déplacements illicites d'enfant, que « l'exécution d'une décision certifiée ne peut être refusée, dans l'État membre d'exécution, au motif que, en raison d'une modification des circonstances survenue après son adoption, elle serait susceptible de porter gravement atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant. Une telle modification doit être invoquée devant la juridiction compétente de l'État membre d'origine, laquelle devrait être également saisie d'une demande éventuelle de sursis à l'exécution de sa décision ». Cette analyse de la Cour de justice qui veille à ne pas permettre au juge de l'Etat de refuge de se mêler du fond de l'affaire dans le cadre d'un déplacement illicite d'enfant, était plutôt contraire à la position de la Cour européenne des droits de l'homme telle qu'exprimée dans l'arrêt *Neulinger et Shuruck c/ Suisse* du 6 juillet 2010²³⁹⁹ et un certain nombre d'arrêts postérieurs. La Cour européenne avait en effet incité les juges nationaux à apprécier au fond l'opportunité du retour au regard de

²³⁹⁵ préc.

²³⁹⁶ CJUE, 23 déc. 2009, Aff. C-403/09, *D.* 2010. 1055, note C. Brière ; *ibid.* 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2010. 131, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2010. 549, obs. J. Hauser ; *RTDeur.* 2010. 113, chron. L. Coutron ; *ibid.* 421, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ; *Europe*, Janvier 2010, comm. 57, obs. L. Idot ; *Procédures* 2010, comm. n° 73, obs. C. Nourissat ; *R.A.E.*, 2009-2010/2, p. 627-634, obs. A. Gouttenoire

²³⁹⁷ A. Gouttenoire et M. Farge, « Les enlèvements intra-européens d'enfants, in *Dossier Union européenne et famille*, R.A.E. 2014/2, p. 347.

²³⁹⁸ CJUE, 1^{er} juill. 2010, n° C-211/10, *D.* 2010. 1798 ; *AJ fam.* 2010. 482, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2010. 748, obs. P. Remy-Corlay ; *RTD eur.* 2010. 927, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard.

²³⁹⁹ *Neulinger et Shuruck c/ Suisse* du 6 juillet 2010, req. n°41615/07 : *JCP G* 2010, n° 30, p. 1520, obs. B. Pastre-Belda ; *RTD Civ.* 2010, n° 4, p. 735, obs. J-P. Marguénaud ; *RTDE* 2010, n° 4, p. 927 ; *JCP G* 2011, n° 4, p. 182, obs. F. Sudre ; *D.* 2011, n° 20, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke.

l'intérêt de l'enfant, semblant inverser le raisonnement découlant de la Convention de la Haye en matière de déplacement illicite d'enfant qui exige d'imposer le retour. Cette analyse était en contradiction avec la jurisprudence de la CJUE. La Cour européenne des droits de l'homme a toutefois mis fin aux divergences entre les juges par l'arrêt *X. c/ Lettonie* du 26 novembre 2013 dans lequel elle « clarifie » son arrêt *Neulinger et Shuruk* en précisant qu'il ne fixe aucune directive à l'intention des juges nationaux concernant la mise en œuvre de la Convention de La Haye²⁴⁰⁰. Cet arrêt n'exigeait donc pas du juge interne un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale. Cette vision diversifiée de la protection des droits de l'enfant entre la CJUE et la Cour EDH n'était heureusement que temporaire. Mais, avec l'article 24 de la Charte qui a vocation à devenir le support de la protection spécifique des mineurs en droit de l'UE²⁴⁰¹, si la Cour européenne souhaite garder une protection harmonieuse des droits de l'enfant avec la Cour de justice, un dialogue des juges s'impose.

²⁴⁰⁰ *X. c/ Lettonie* du 13 décembre 2011, req. n° 27853/09 : *JDI* 2014, n°3/2014, p. 980, obs. V. Durand ; *JDI* 2014, n° 3/2014, p. 917, obs. J.-S. Bergé ; *RJPF* 2014, n° 2, p. 38, obs. F. Eudier ; *JCP G* 2014, n° 3, p. 106, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2013, n° 51, p. 2339, obs. G. Gonzalez ; *D.* 2013, n° 22, p. 1515, obs. J.-P. Jean.

²⁴⁰¹ Bonnet B., « L'utilisation de la CIDE par les juges européens », in C. Gauthier, M. Gautier et A. Gouttenoire (dir.), *Mineurs et droits européens*, Pédone, 2012, p. 49.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

- Berger V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 13^e édition, Sirey, 2014, Paris.
- Bonfils Ph., Gouttenoire A., *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^e éd., 2014.
- Dekeuwer-Defossez F., *Les droits de l'enfant*, 8^e édition, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, 2009, Paris.
- Gauthier C., Gautier M. et Gouttenoire A. (dir.), *Mineurs et droits européens*, coll. Droits européens, Pédone, 2012.
- Marguénaud J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, 7^e édition, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2016, Paris.
- Sudre F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 12^e éd., 2015.
La Convention européenne des droits de l'homme, 7^e édition, Presses Universitaires de France, Coll. Que sais-je, 2008, Paris,
- Sudre F., Marguénaud J.-P., Andriantsimbazovina J., Gouttenoire A., Gonzalez G., Milano L., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, coll. Thémis droit, 7^e éd., 2015.
- Van Bueren G., *Le droit de l'enfant en Europe – convergence et divergence de la protection judiciaire*, coll. Europe des droits, Editions du Conseil de l'Europe, 2008.
- Youf D., *Penser les droits de l'enfant*, 1^{re} édition, Presses Universitaires de France, coll. Questions d'éthique, 2002, Paris, p. 2.

II. Thèses

- Mathieu N., *Emergence de droits spécifiques à l'enfant à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Université de Paris 10, 2008.
- Patsianta K., *L'intérêt de l'enfant dans le cadre de la garantie de la vie familiale par la Cour EDH : Influence en droit grec*, Université de Montpellier, 2012.
- Khunthongjan A., *Le retour de l'enfant enlevé*, Université de Lyon, 2013.

III. Articles, études, chroniques, notes, observations

- Bonnet B., L'utilisation de la CIDE par les juges européens, in C. Gauthier, M. Gautier et A. Gouttenoire (dir.), *Mineurs et droits européens*, Pédone, 2012, p. 49.
- Couturier-Boudinière L., La Convention européenne des droits de l'homme et la protection des droits des enfants, in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 523.
- Flauss J.-F., Le droit du Conseil de l'Europe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Au Carrefour des droits*, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, 2002, p. 47.
- Fulchiron H., Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant, *Gaz. Pal.* 2009, n° 342, p. 15.
- Gouttenoire A., La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le monde du droit, Écrits en l'honneur de J. Foyer*, Economica, 2008, p 495 et s.
Les mineurs et la Convention européenne des droits de l'homme, in C. Gauthier, M. Gautier et A. Gouttenoire (dir.), *Mineurs et droits européens*, coll. Droits européens, Pédone, 2012, p. 9.
Les règles communes relatives à la famille, in F. Sudre (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. Droit et justice, 2014, pp. 187 et s.
- Hilt P., L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants, *AJfam.* 2004, p. 384.
- Kiss A.-C., La protection internationale du droit de l'enfant à l'éducation, *RDH*, 1973, p. 467.

- Sudre F., A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme, *JCP G* 2001, n° 28, I 355, p. 1386.
- Tavernier P., La déclaration universelle des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en l'honneur de Pierre Lambert, Bruylant, 2000, p. 857.

IV. Bibliographie thématique

1. Sur le droit à l'instruction

1.1. Ouvrages

- Calvès G., *La discrimination positive*, Paris, PUF, 2^e éd., 2008.
- M. Estivalèzes, *Les religions dans l'enseignement laïque*, Paris, PUF, 2005.
- Mélin-Soucramanien F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997, p. 206.

1.2. Articles, études, chroniques, notes, observations

- Andriantsimbazovina J., Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes. Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme, in F. Sudre et H. Surrel (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de ma Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008.
- Bachelet O., Crucifix dans les salles de classe : pas de condamnation de l'Italie, *D.* 2011, p. 949.
- Burgogue-Larsen L. et Dubout E., Le port du voile à l'université, *RTDH*, 2006, 183.
- Dubout E., L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ?, *RTDH*, 2008, p. 821
- Debray R., *L'enseignement du fait religieux dans l'école laïque*, Rapport au ministre de l'Éducation nationale, Odile Jacob, Paris, 2002, pp. 44-45
- De Salvia M., Liberté de religion, esprit de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, vol. I, p. 592.
- Dubout E., Vers une protection de l'égalité « collective » par la Cour européenne des droits de l'homme ?, *RTDH*, 2006, n° 68, p. 851.
La Cour européenne des droits de l'homme et la justice sociale – à propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité, *RTDH*, 2010, n° 84, p. 987.

- Dupuy P.-M. et Boisson de Charzoune L., Article 2 du Protocole n° 1, in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^e éd., 1999, p. 999.
- Dieu F., Autorisation des crucifix dans les écoles italiennes : le droit reconnu à l'Etat de manifester son héritage religieux, *JCP A* 2011, n° 28, 2251.
L'interdiction du port de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, *JCP A*, 2009, 2263.
- Gonzalez G., Droit à l'instruction et respect des convictions religieuses et philosophiques des parents, *JCP G* 2011, n° 20, 601.
Rideau sur le voile et autres signes ostensibles, *AJDA*, 2009, 2077
Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, *RFDA* 2010, p. 1003.
Des difficultés de combattre objectivement l'inculture religieuse, *RTDH* 2008, p. 251.
- Grosbon S., La discrimination dans l'imposition de frais de scolarité à certains ressortissants étrangers : la Cour européenne des droits de l'homme en dit trop ... ou pas assez ..., *RTDH*, 2012, n° 92, p. 945.
- Larralde J.-M., La Convention européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers, *RTDH*, 2003, p. 1247
- Levinet M., La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme, *RTDH* 2011, p. 481.
Société démocratique et laïcité, in G. Gonzalez (dir.), *Laïcité liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Coll. Droit et justice n° 67, Nemesis/Bruylant, 2006, p. 109.
- Ruet C., Les droits individuels face au phénomène religieux dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH* 2012, n° 91, p. 507.
- Sicilianos L.-A., La liberté de diffusion des conventions religieuses, in J.-F. Flauss (dir.), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2002, spéc. p. 205.
- Sudre F., Rapport introductif, in F. Sudre, H. Surrél (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 17.
- Verhoeven J., Jurisprudence internationale intéressant la Belgique. Cour européenne des droits de l'homme. L'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, *RBDI*, 1970, p. 353.
- Wildhaber L., Dans quelle mesure le droit à l'instruction a-t-il subi une évolution ?, in *Actes du IV^e Colloque sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Rome, 1975, Conseil de l'Europe, 1976, p. 143.

1.3. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

- *Akat et Kaynar c/ Turquie*, 12 mai 2009, req. n° 34740/04 et 2399/06.

- *Appel-Irrgang et autres c/ Allemagne*, 6 octobre 2009, req. n° 45216/07.
- *Bayrak c/ France*, 30 juin 2009, req. n° 14308/08.
- *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni*, 25 février 1982, req. n° 7511/76 et 7743/76 : *JDI* 1985, 191 ; *RUDH* 1990, p. 217.
- *Chypre c/ Turquie*, 10 mai 2001, Gr. Ch., req. n° 25781/94.
- *Ciftci c/ Turquie*, 17 juin 2004, req. n° 71860/01.
- *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, 23 mars 1993, req. n° 13134/87 : *AJDA* 1993, n° 6, p. 483, obs. J-F. Flauss.
- *Dahlab c/ Suisse*, 15 février 2001, req., n° 42393/98 : *AJDA* 2001, 482, note J.-F. Flauss ; *RFDA* 2003, p. 536, obs. N. Chauvin.
- *D.H. et autres c/ République tchèque*, gr. ch., 13 novembre 2007, req. n° 57325/00 : *JDI* 2008, n° 3, p. 836, obs. P. Tavernier ; *RTDH* 2008, n° 75, p. 821, obs. E. Dubout ; *JCP A* 2008, n° 41, 2225, obs. D. Szymczak
- *Zarb Adami c/ Malte*, 20 juin 2006, req. n° 17209/02, § 80 : *RDP* 2006, 872, obs. H. Surrel ; *Opuz c/ Turquie*, 9 juin 2009, req. n° 33401/02, § 183 : *JCP G*, 2009, doct. 143, n° 25, obs. F. Sudre.
- *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, 7 décembre 1976, série A n° 23, § 50 : *GACEDH* n°58 ; *AFDI* 1977, 489 ; chron. R. Pelloux ; *CDE* 1978 ; 359, chron. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1978, 702, chron. P. Rolland.
- *Dogru et Kervanci c/ France*, 4 décembre 2008, req. n° 27058/05 et 31645/04 : *RLDC* 2009, n° 58, p. 45, obs. E. Pouliquen ; *DA* 2009, n° 1, p. 27, obs. P. Raibault ; *RD publ.*, 2009, 916, obs. G. Gonzalez.
- *Gamaleddyn c/ France*, 30 juin 2009, req. n° 18527/08.
- *Ghazal c/ France*, 30 juin 2009, req. n° 29134/08.
- *Hasan et Eylem Zengin c/ Turquie*, 9 octobre 2007, req. n° 1448/04.
- *Huge Jordan et autres c/ Royaume-Uni*, 4 mai 2001.
- *J. Singh c/ France*, 30 juin 2009, req. n° 25463/08.
- *Kurtulmus c/ Turquie*, 24 janvier 2006, req. n° 65500/01.
- *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, 7 décembre 1976, série A n° 23 : *GACEDH* n°58 ; *AFDI* 1977, 489 ; chron. R. Pelloux ; *CDE* 1978 ; 359, chron. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1978, 702, chron. P. Rolland.
- *Kokkinakis c/ Grèce*, 25 mai 1993, série A, n° 260-A : *GACEDH* n° 56 ; *RUDH* 1993, 223, chron. M. Levinet ; *AJDA* 1994, 31, chron. J.-F. Flauss ; *RTDH* 1994, 144, note F. Rigaux ; *RFDA* 1995, 573, note H. Surrel.

- *Köse et autres c/ Turquie*, 24 janvier 2006, req. n° 26625/02 : *D.* 2006, n° 25, p. 1717, obs. J.-F. Renucci.
- *L’Affaire « linguistique belge »*, 23 juillet 1968, série A n° 6 : *GACEDH* n° 9 ; *AFDI* 1968, 201, obs. R. Pelloux ; *RBDI* 1970, 353, obs. J. Verhoeven ; *RTDH* 1997, n° 30, p. 309, obs. P. Vandernoot ; *RTDH* 1998, n° 35, p. 495, obs. P. Lambert ; *RIDC* 2000, n° 4, p. 753.
- *Lautsi c/ Italie*, Gr. Ch., 18 mars 2011, req. n° 30814/06 : *RTD Civ.* 2011, n° 2, p. 303, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2011, n° 14, p. 949, obs. O. Bachelet ; *RJPF* 2011, n° 7, p. 18, obs. E. Putman ; *JCP G* 2011, n° 35, p. 1506, obs. F. Sudre ; *AJDA* 2011, n° 35, p. 2004, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *JCP G* 2011, note 601, obs. G. Gonzalez ; *Dr. fam.* 2011, n° 5, alerte 37, obs. M. Bruggeman ; *JCP A* 2011, n° 13, act. 233 ; *JCP A* 2011, n° 28, 2251, obs. F. Dieu.
- *Leyla Sahin c/ Turquie*, 29 juin 2004, req. n° 44774/98 : *RTDH* 2004, n° 60, p. 951 ; *JCP A* 2004, n° 52, p. 1671, obs. C. Gauthier ; *JCP G* 2005, n° 5, p. 223, obs. B. Bonnet.
- *Leyla Sahin c/ Turquie*, Gr. Ch., 10 novembre 2005, req. n° 44774/98 : *D.* 2005, n° 3, p. 204, obs. G. Yildirim ; *JDI* 2005, n° 2, p. 529, obs. E. Decaux ; *JCP G* 2006, n° 5, p. 187, obs. F. Sudre ; *RJPF* 2006, n° 3, p. 10, obs. E. Putman ; *RTDH* 2006, n° 66, p. 183 ; *Dr. Fam.* 2006, n° 4, p. 6, obs. S. Plana ; *D.* 2006, n° 25, p. 1717, obs. J.-F. Renucci ; *JDI* 2006, n° 3, p. 1146, obs. C. de la Hougue.
- *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira c/ Luxembourg*, 27 avril 1999, req. n° 44888/98.
- *Mürsel Eren c/ Turquie*, 7 février 2006, req. n° 60856/00.
- *Natchova et autres c/ Bulgarie*, 6 juillet 2005, req. n° 43577/98 et 43579/98.
- *Opuz c/ Turquie*, 9 juin 2009, req. n° 33401/02 : *JCP G*, 2009, doct. 143, n° 25, obs. F. Sudre.
- *Orsus et autres c/ Croatie*, Gr. ch., 16 mars 2010, req. n° 15766/03 : *JCP G* 2010, n° 14, p. 718, obs. C. Picheral ; *RTDH* 2010, n° 84, p. 987, obs. E. Dubout.
- *Otto-Preminger-Institut c/ Autriche*, 20 septembre 1994, req. n° 13470/87 : *RUDH*, 1994, pp. 441-449, note P. Wachsmann ; *RUDH* 1995, pp. 115-117, chron. M. Levinet.
- *Ponomaryovi c/ Bulgarie*, 21 juin 2011, req. n° 5335/05 : *RTDH* 2012, n° 92, p. 945, obs. S. Grosbon ; N. Hervieu, Droit des enfants étrangers à un égal accès au système éducatif, in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 22 juin 2011.
- *Rasmussen c/ Danemark*, 28 novembre 1984, série A., n° 87 : *JDI*, 1986, 1074, obs. P. Tavernier ; *Stec et autres c/ Royaume-Uni* du 12 avril 2006, Gr. Ch., req. n°, § 51 : *RDP*, 2007, 872, obs. H. Surrel.
- *Refah Partisi et autres c/ Turquie*, Gr. Ch., 13 février 2003, req. n° 41340/98, 41342/98 et 41344/98, § 92 : *GACEDH* n° 57 ; *AJDA*, 1994, 31, chron. J.-F. Flauss ; *JCP G*, 2003, I, 160 ; n° 15, chron. F. Sudre ; *RFDC*, 2004, 207, note M. Levinet.
- *Sampanis et autres c/ Grèce*, 5 juin 2008, req. n° 32526/05.

- *Thlimmenos c/ Grèce*, 6 avril 2000, req. n° 34369/97 : *RTD civ.*, 2000, 434, chron. J.-P. Marguénaud ; dans le même sens, voir *Stec et autres c/ Royaume-Uni* du 12 avril 2006, Gr. Ch., req. n° 65731/01, § 51 : *RDP*, 2007, 872, obs. H. Surrel.
- *Timishev c/ Russie*, 13 décembre 2005, req. n° 55762/00 et 55974/00 : *JDI* 2006, n° 3, p. 1171, obs. M. Eudes ; *RDP*, 2006-3, obs. F. Sudre.
- *Tuba Aktas c/ France*, 30 juin 2009, req. n° 43563/08 : *AJDA*, 2009, 2077, obs. G. Gonzalez ; *JCP A*, 2009, 2263, obs. F. Dieu.
- *Valsamis c/ Grèce*, 18 décembre 1996 : *AJDA* 1996, n° 5, p. 376, obs. J.-F. Flauss ; *JDI* 1997, n° 1, p. 270, obs. E. Decaux ; *LPA* 1997, n° 64, p. 33, obs. G. Gonzalez.
- *Folgero et autres c/ Norvège*, 29 juin 2007, req. n° 15472/02, § 84 g) : *RTDH* 2008, p. 251, obs. G. Gonzalez ; *JDI* 2008, n° 3, chron. 5, p. 820, obs. S. Millan.
- *Zarb Adami c/ Malte*, 20 juin 2006 : *RDP*, 2006, 872, obs. H. Surrel.

1.4. Jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme

- Commission, décision du 6 mars 1984, *Famille H. c/ Royaume-Uni*, *DR*, 37, 105.
- Commission, décision du 9 mars 1977, *40 mères de famille c/ Suède*, *DR* 9, 32
- Commission, décision du 11 décembre 1985, *W. et K.L. c/ Suède*, *DR* 45, 150
- Commission, décision du 2 décembre 1992, *Ingrid Jordebo c/ Suède*, req. n° 13975/88.
- Commission, décision du 4 décembre 1989, *Simpson c/ Royaume-Uni*, *DR*, 64, 188.
- Commission, décision du 16 juillet 1973, *X. c/ Autriche*, *Réc. déc.*, 44, 63.
- Commission, décision du 9 décembre 1980, *X. c/ Royaume-Uni*, *DR*, 23, 228.
- Commission, décision du 17 janvier 1996, *Sulak c/ Turquie*.
- Commission, décision du 3 mai 1993, *Karaduman c/ Turquie*, *DR* 74, p. 93 : *LPA*, 26 novembre 1993, 11, note J.-F. Flauss.
- Commission, décision du 6 mars 1984, *Famille H. c/ Royaume-Uni*, *DR* 37, 105
- Commission, décision du 5 février 1990, *Graeme c/ Royaume-Uni*, *DR* 64, 158.
- Commission, décision du 30 juin 1993, *Neilsson c/ Suède*, req. n° 17678/91
- Commission, décision du 8 septembre 1993, *Bernard et autres c/ Luxembourg*, *DR* 75, 57 : *AJDA*, 1994, 30 ; chron. J.-F. Flauss.
- Commission, décision du 27 avril 1999, *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira c/ Luxembourg*, req. n° 44888/98.
- Commission, décision du 3 décembre 1986, *Angelini c/ Suède*, 3 *DR* 51, 41.
- Commission, décision du 9 septembre 1992, *Herman Sluijs c/ Belgique*, req. n° 17568/90.

2. Sur la protection de la liberté et de l'intégrité de l'enfant

2.1. Ouvrages

- Renucci J.-F., *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, n° 321, p. 406.

2.2. Articles, études, chroniques, notes, observations

- Akandji-Kombe J.-F., L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH, *in La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, C.-A. Chassin (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 236.

- Beernaert M.-A., Les suites de l'arrêt *Salduz* en droit belge, français et suisse, *RTDH* 2012, n° 90, p. 241.

- Bruggeman M., Une circulaire pour mettre – peut-être – fin à la rétention des familles étrangères ?, *Dr. fam.* 2012, comm. n° 33.

- Bullier A., La Cour européenne des droits de l'homme remet en cause certains pouvoirs du ministre britannique de l'intérieur, *LPA* 2000, n° 20, p. 6.

- Chassin C.-A., L'article 3 CEDH, instrument de protection des mineurs, *in La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, C.-A. Chassin (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 236.

- De Bernardinis Ch., La Cour de Strasbourg juge illégale la rétention de jeunes migrants accompagnés de leurs parents en raison de l'inadaptation du centre de rétention, *Lexbase Hebdo édition publique* 2012, n° 233 (n° Lexbase N0052BT4).

- De Schutter O., L'intervention des autorités publiques dans les relations familiales et l'obligation de prévenir les mauvais traitements : vie familiale et droit à la protection de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Rev. trim. droit familial*, 1999, p. 427.

- Farge M. et Gouttenoire A., La rétention d'un enfant étranger accompagnant ses parents : la nécessité de faire primer les droits fondamentaux de l'enfant sur l'objectif de maîtrise de l'immigration, *Dr. fam.* 2010, étude 14.

- Flauss J.-F., L'interdiction de l'esclavage domestique, *in Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme* (février-août 2005), *AJDA* 2005, p. 1891.

- Gouttenoire A., La France condamnée à Strasbourg pour la rétention de mineurs étrangers accompagnant leurs parents, *Lexbase Hebdo édition privée générale* 2012, n° 472 (n° Lexbase N0138BTB).

- Marguenaud J.-P., Quand la Cour de Strasbourg poursuit sa mutation en Cour européenne des droits de la femme : question du viol, *RTD civ.* 2004, p. 364.

De la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des personnes innocentées, *RSC* 2009, p. 182.

- Massias F., Les seuils d'âge de la responsabilité pénale et la peine, *RTDH*, 2002, p. 129.
- Matignon E., Regards sur la servitude humaine, *LPA* 2012, n° 248, p. 14.
- Sudre F., Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *RTDH* 1995, p. 263.
- Martini J.-F., L'inhumanité du traitement des enfants en zone d'attente, *J.D.J.-R.A.J.S.* n° 262, février 2007, p. 19.
- Masson B., Un enfant n'est pas un étranger comme les autres, *RTDH* 2007, p.823.
- Platon S., Droits européens et mineurs étrangers, in C. Gauthier, M. Gautier et A. Gouttenoire (dir.), *Mineurs et droits européens*, coll. Droits européens, Pédone, 2012, p. 77.
- Roets D., L'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme une nouvelle fois violée par la France, *RSC* 2013, p. 149.
- Spielmann D., « Obligations positives » et « effet horizontal » des dispositions de la Convention, in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, 1998, p. 133.
- Sudre F., Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *RTDH* 1995, p. 363.
« Esclavage domestique » et Convention européenne des droits de l'homme, *JCP G* 2005, II, 10142.
- Valette M.-F., La vulnérabilité de l'enfant au gré des migrations, *RTDH* 2010, p. 103.
- Weyembergh A., Vers une approche maximaliste du droit à l'assistance d'un avocat, *RTDH* 2013, n° 93, p. 143.

2.3. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

- *Adamkiewicz c/ Pologne*, 2 mars 2010, req. n° 54729/00, *JDI* 2011, n° 2011-4, p. 1303, obs. O. Bachelet ; *D.* 2011, n° 16, p. 1107, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2010, n° 29, p. 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *RPDP* 2010, n° 3, p. 709, obs. A. Gouttenoire ; *D.* 2010, n° 21, p. 1324, obs. P. Bonfils ; *JCP G* 2010, 859, obs. F. Sudre.
- *Aerts c/ Belgique*, 30 juillet 1998.
- *Airey c/ Irlande*, 9 octobre 1979, série A, n° 32 : *JDI* 1982, 187, chron. P. Rolland ; *AFDI* 1980, 323, chron. R. Pelloux ; *GACEDH* n° 2, p. 18.
- *Aizpurua Ortiz c/ Espagne*, 10 février 2010, req. n° 42430/05.
- *Aksoy c/ Turquie*, 18 décembre 1996 : *JCP G* 1997, I, 4000, n° 44, obs. F. Sudre ; *Z. et autres c/ Royaume-Uni*, 10 mai 2001.
- *Amann c/ Suisse*, 16 février 2000, req. n° 27798/95.
- *Assenov c/ Bulgarie*, 28 octobre 1998 : *D.* 1999, somm., 266, note P. Hennion ; *RTDH* 1999, n° 38, p. 383, obs. D. Rosenberg.
- *Axen c/ République fédérale d'Allemagne*, 8 décembre 1983, série A n° 72.

- *Artico c/ Italie*, 13 mai 1980, série A, n° 37.
- *Ashingdane c/ Royaume-Uni*, 28 mai 1985.
- *Barberá, Messegué et Jabardo c/ Espagne*, 6 décembre 1988, série A, n° 146.
- *Bezicheri c/ Italie*, 25 octobre 1989, série A n° 164.
- *Bocos-Cuesta c/ Pays-Bas*, 10 novembre 2005, req. n° 54789/00.
- *Bouamer c/ Belgique*, 29 février 1988 : *RSC* 1988, p. 577, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI* 1989, p. 795, obs. P. Tavernier.
- *Bouchacourt c/ France*, 17 décembre 2009, req. n° 5535/06 : *RSC* 2010, 240, obs. D. Roets.
- *Boyle et Rice c/ Royaume-Uni*, 27 avril 1988, série A, n° 131.
- *Bricmont c/ Belgique*, 7 juillet 1989, série A, n° 158.
- *Brusco c/ France*, 14 octobre 2010, req. n°1466/07 : *D.* 2010, p. 2950, obs. J.-F. Renucci ; *Dr. pénal* 2010, Étude 29, obs. C. Mauro.
- *C.A.S. et C.S. c/ Roumanie*, 20 février 2012, req. n° 26692/05.
- *C.N. et V. c/ France*, 11 octobre 2012, req. n° 67724/09 : *AJP* 2013, n° 3, p. 162, obs. S. Lavric ; *AJDA* 2013, n° 3, p. 168, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *RSC* 2013, n° 1, p. 149, obs. D. Roets ; *LPA* 2012, n° 248, p. 14, obs. E. Matignon ; *Procédures* 2012, n° 12, p. 18, obs. N. Fricero ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 313, p. 31, obs. C. Berlaud ; *Dr. pén.* 2013, n° 4, chron. 4, obs. E. Dreyer.
- *Camezind c/ Suisse*, 16 décembre 1997, *RTDH*, 1997, p. 639, obs. G. Malinverni.
- *Cahit Solmaz c/ Turquie*, 15 juin 2007, req. n° 34623/03.
- *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni*, 25 février 1982, req. n° 7511/76 et 7743/76 : *JDI* 1985, 191 ; *RUDH* 1990, p. 217.
- *Chahal c/ Royaume-Uni*, 15 novembre 1996 : *JCP G* 1997, I, 4000, n° 9, obs. F. Sudre.
- *Chamaïev et autres c/ Géorgie et Russie*, 12 avril 2005, req. n° 36378/02.
- *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni* 23 mars 1993, req. n° 13134/87 : *AJDA* 1993, n° 6, p. 483, obs. J-F. Flauss.
- *Dayanan c/ Turquie*, 13 novembre 2009, req. n° 7377/03.
- *Darraï c/ France*, 4 novembre 2010, req. n°34588/07.
- *De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique*, 18 juin 1971, série A. no 12 : *JT* 1971, p. 341, obs. J. Velu ; *AFDI* 1972, p. 443, obs. R. Pelloux.
- *D.G. c/ Irlande*, 16 mai 2002, req. n° 39474/98 : *JCP G* 2002, n° 31, p. 1453, obs. F. Sudre.
- *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni*, 10 octobre 2002, req. n° 38719/97 : *JCP G* 2003, I, 109, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2003, n° 56, p. 1355, obs. A. Gouttenoire.

- *Dikme c/ Turquie*, 11 juillet 2000, req. n° 20869/92.
- *E. et autres c/ Royaume-Uni*, 26 novembre 2002, req. n° 33218/96 : *RTDH* 2003, n° 56, p. 1355, obs. A. Gouttenoire.
- *Ekbatani c/ Suède*, 26 mai 1988, série A, n° 134.
- *Hauschildt c/ Danemark*, 24 mai 1989, série A n° 154, § 48 : *JDI* 1990, 727, obs. P. Tavernier ; *AFDI* 1991, 585, obs. Coussirat-Coustère.
- *Golder c/ Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A, n° 18 ; *AFDI*, 1975, 330, note R. Pelloux.
- *Güveç c/ Turquie*, 20 janvier 2009, req. n° 70337/01.
- *Hussain c/ Royaume-Uni*, 21 février 1996, req. n° 21928/93, § 54 : *JDI* 1997, n° 1, p. 207, obs. M. Poutiers.
- *H.L.R. c/ France*, 29 avril 1997 : *Rec.* 1997 III, p. 758.
- *Ichin et autres c/ Ukraine*, 21 décembre 2010, req. n° 28189/04 et 28192/04.
- *I.G. c/ République de Moldavie*, 15 mai 2012, req. n° 53519/07.
- *Imbrioscia c/ Suisse*, 24 novembre 1993, req. n° 19372/88
- *John Murray c/ Royaume-Uni*, 8 février 1996, req. n° 18731/91.
- *Kanagaratnam et autres c/ Belgique*, 13 décembre 2011, req. n° 15297/09 : *Dr. fam.* 2012, comm. n° 33, obs. M. Bruggeman.
- *Karadag c/ Turquie*, 29 juin 2010, req. n° 12976/05.
- *K.-F. c/ Allemagne*, 27 novembre 1997, Recueil 1997-VII.
- *Klass c/ Allemagne*, 6 septembre 1978, série A, n° 82 : *JDI*, 1980, 463, obs. p. Rolland.
- *Kosti et autres c/ Turquie*, 3 mai 2007, req. n° 74321/01.
- *Kostovski c/ Pays-Bas*, 20 novembre 1989, série A, n° 166 ; *Rev. sc. crim.*, 1990, 388, obs. L.E. Pettiti ; *AFDI* 1991, 602, obs. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1990, 738, obs. P. Rolland ; *RTDH* 1990, 267, obs. J. Callewaert ; *Dr. pénal* 1990, comm., 143, obs. A. Maron.
- *Kovac c/ Croatie*, 12 juillet 2007, req. n° 503/05.
- *Kudla c/ Pologne*, 26 octobre 2000, req. n° 30210/96 : *RTD civ.*, 2001, 442, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2001, I, 291, n° 6, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2002, 169, note J.-F. Flauss ; *JTDE*, 2001, 49, obs. P. Frumer ; *JDI*, 2001, 191, obs. P. Tavernier.
- *Labita c/ Italie*, 6 avril 2000, req. n° 26772/95.
- *Laska et Lika c/ Albanie*, 20 avril 2010, req. n° 12315/04 et 17605/04.
- *Leander c/ Suède*, 26 mars 1987, série A n° 116.
- *Leonid Lazarenko c/ Ukraine*, 28 octobre 2010, req. n° 22313/04.

- *Lopez Ostra c/ Espagne*, 9 décembre 1994, série A, n° 303-C : *GACEDH* n° 3, *JDI* 1995, 789, obs. P. Tavernier ; *RUDH* 1995, 112, chron. F. Sudre ; *RTD civ.* 1996, 507, chron. J.-P. Marguénaud.
- *M. et autres c/ Italie et Bulgarie*, 31 juillet 2012, req. n° 40020/03.
- *M. et C. c/ Roumanie*, 27 septembre 2011, req. n° 29032/04.
- *M.C. c/ Bulgarie*, 4 décembre 2003, req. n° 39272/98 : *RTD Civ.* 2004, n°2, p. 364, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard ; *RDP* 2004, 803, obs. H. Surrel.
- *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, req. n° 30696/09.
- *McCann et autres c/ Royaume-Uni*, gr. ch., 27 février 1995, A. 324 : *GACEDH* n° 11 ; *AFDI* 1995, p. 485, obs. Coussirat-Coustère ; *RSC* 1996, p. 462, obs. R. Koering-Joulin ; *RTDH* 1996, p. 252, obs. A. Reiter-Korkmaz ; *RUDH* 1996, p. 9, chron. F. Sudre.
- *McKay c/ Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, req. n° 543/03 : *JCP G* 2007, I, 106, obs. F. Sudre ; à voir également *GACEDH*, n° 3.
- *Megyeri c/ Allemagne*, 12 mai 1992, série A, n° 237-A.
- *Muskhadzhiyeva et autres c/ Belgique*, 19 janvier 2010, req. n° 41442/07 : *Dr. fam.* 2010, n°6, p. 19, études 14, obs. M. Farge et A. Gouttenoire ; *D.* 2010, n° 43, p. 2868 ; *D.* 2010, n° 29, p. 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *JCP G* 2010, n° 35, p. 1587, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2010, n° 7, 194, obs. L. Milano ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 76-77, p. 14, obs. F. Desprez ; *Lexbase hebdo* n° 384 du 25 février 2010 (n° Lexbase : A2046ER9), obs. A. Gouttenoire.
- *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, 12 octobre 2006, req. n° 13178/03 : *D.* 2007, n° 11, p. 771, obs. P. Muzny ; *RCDIP* 2008, n° 1, p. 35, obs. C. Cournil.
- *Nielsen c/ Danemark*, 28 novembre 1988, série A, n° 144.
- *Nortier c/ Pays-Bas*, 24 août 1993, req. n° 13924/88 : *JDI* 1994. 812, obs. P. Tavernier ; *RSC* 1994, p. 362, obs. R. Koering-Joulin ; *D.* 1995. Somm. 105, obs. J.-F. Renoucci ; *D.* 1994. Somm. 37, obs. Becquerelle ; *RTDH* 1994, p. 429, note J. Van Campennolle ; V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz-Sirey, 2011, p. 249.
- *Okkali c/ Turquie*, 17 octobre 2006, req. n° 52967/99.
- *P.G. et J.H. c/ Royaume-Uni*, 25 septembre 2001, req. n° 44787/98.
- *P.S. c/ Allemagne*, du 20 décembre 2001, req. n° 33900/96.
- *Peck c/ Royaume-Uni*, 28 janvier 2003, req. n° 44647/98 : *JCP G* 2003, I, 160, n° 9, obs. F. Sudre.
- *Piersack c/ Belgique*, 1^{er} octobre 1982, série A n° 53 : *JDI*, 1985, 210, obs. P. Tavernier.
- *Popov c/ France*, 19 janvier 2012, req. n° 39472/07 et 39474/07 : *JCP G* 2012, n° 8, p. 375, obs. F. Sudre ; *D.* 2012, n° 6 P. 363, obs. C. Fleuriot ; *AJDA* 2012, p. 127, obs. R. Grand ; *Lexbase Hebdo édition privée générale* n° 472 (n° Lexbase N0138BTB), obs. A. Gouttenoire.

- *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002 : *GACEDH* n° 46 ; *JCP G* 2002, I, 157, n° 1 et 13, obs. F. Sudre ; *RJPF* 2002, p. 11, obs. E. Garaud ; *Defrénois* 2002, 1131, obs. Ph. Malaurie ; *RTD civ.* 2002, 858, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2003, 71, note O. de Schutter.
- *Rantsev c/ Chypre et Russie*, 7 janvier 2010, req. n° 25965/04.
- *R.I.P. et D.L.P. c/ Roumanie*, 10 mai 2012, req. n° 27782/10.
- *Ribitsch c/ Autriche*, 4 décembre 1995, série A. n° 336 : *RUDH* 1996, 9, obs. F. Sudre.
- *Salduz c/ Turquie*, 27 novembre 2008, req. n° 36391/02 : *GACEDH* n° 37 ; *JCP G* 2009, I, 104, obs. F. Sudre ; *D. Pen.* 2009, n° 4, chron. 4, p. 16, obs. E. Dreyer ; *Rév. pénit.* 2009, n° 4, p. 837, obs. E. Vergès ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 296-297, p. 2, obs. C. Charrière-Bournazel ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 336-337, p. 19, obs. H. Matsopoulou ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 31-33, p. 10, obs. O. Bachelet ; *D. Pen.* 2010, n° 3, dossier 2, p. 7, obs. V. Lesclous ; *RTDH* 2010, n° 83, p. 663, obs. D. Holzapfel.
- *Satik c/ Turquie*, 10 octobre 2000, req. n° 31866/96 .
- *S.C. c/ Royaume-Uni*, 15 juin 2004, req. n° 60958/00 : *Dr. fam.* 2004, Alertes n° 30.
- *S.N. c/ Suède*, 2 juillet 2002, req. n° 34209/96.
- *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, req. n° 30562/04 et 30566/04 : *RSC* 2009, n° 1, p. 182, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 2009, n° 3, 104, p. 27, obs. F. Sudre ; *D. Pen.* 2009, n° 4, p. 16, obs. E. Dreyer ; *RFDA* 2009, n° 4, p. 741, obs. S. Peyrou-Pistouley ; *RTDH* 2010, n° 81, p. 141 ; *JDI* 2009, chron. 6, p. 1040, obs. Decaux et Tavernier ; *GACEDH* n° 42.
- *Saadi c/ Royaume-Uni*, gr. ch., 29 janvier 2008, req. n° 13229/03.
- *Sainte-Marie c/ France*, 16 décembre 1992, série A n° 253-A.
- *Scozzari et Giunta c. Italie*, 13 juillet 2000, req. n° 39221/98 et 41963/98 : *JCP G* 2001. I. 291, obs. F. Sudre.
- *Selmouni c/ France*, 28 juillet 1999, gr. ch., *Rec., 1999-V*, 203 : *GACEDH*, n° 14 ; *JCP G* 1999, II, 10193, note F. Sudre ; *RGIDP* 2000, 181, note G. Cohen Jonathan ; *RTDH* 2000, 123, note, P. Lambert ; *Berkday c/ Turquie*, préc. § 167.
- *Siliadin c/ France*, 26 juillet 2005, req. n° 73316/01 : *JCP G* 2005. II. 10142, note F. Sudre ; *RDT Civ.* 2005, n°4, p. 740, obs. J.-P. Marguénaud ; *Lexbase Hebdo – Edition sociale*, n° 185, obs. C. Willmann ; *RSC* 2006, n° 1, p. 139, obs. F. Massias ; *D.* 2006, n° 25, p. 1717, J-F. Renucci ; *JDI* 2006, n°3, p. 1138, obs. E. Decaux ; *GACEDH* comm. n° 16 ; *RFDA* 2006, p. 321.
- *Singh c/ Ryaume-Uni*, 21 février 1996.
- *Soering c/ Royaume-Uni*, 7 juillet 1989 : *GACEDH*, n° 16.
- *Süzer c/ Turquie*, 23 avril 2013, req. n° 13885/05.
- *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni*, 22 octobre 1996 : *JDI*, 1997, p. 249 ; *RTDH*, 1998 p. 781, obs. J. Sace.

- *T. et V. c/ Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, req. n° 24724/94 et 24888/94 : *Les Petites affiches* 2000, n° 20, p. 6, obs. A. Bullier ; *Dr. fam.*, 2000, n° 3, p. 29, comm. n° 46, obs. A. Gouttenoire.
- *Thynne, Wilson et Gunnell c/ Royaume-Uni*, 25 octobre 1990, série A, n° 190-A.
- *Tomasi c/ France*, 27 août 1992, série A. n° 241-A : *Rev. Sc. crim. Dr. pén. comp.*, 1993, 33, note F. Sudre ; *Berktaş c/ Turquie*, 1^{er} mai 2001, req. n° 22493/93, § 167 : *JCP G* 2001, I, 342, n° 2, obs. F. Sudre.
- *Van Droogenbroeck c/ Belgique*, 9 juillet 1980, série B, n° 44.
- *Van der Velden c/ Pays-Bas*, 7 décembre 2006, req. n° 29514/05.
- *Vera Fernandez-Huidobro c/ Espagne*, 6 janvier 2010, req. n° 74181/01 : *JCP G* 2010, act. 130, obs. F. Sudre.
- *Van Mechelen c/ Pays-Bas*, 23 avril 1997, Rec. 1997-III : *D.* 1997, Somm. P. 359, *D.* 1998, Somm. P. 174, obs. J. Pradel.
- *Winterwerp c/ Pays-Bas*, 24 octobre 1979.
- *X. et Y. c/ Pays-Bas*, 25 mars 1985, série A, n° 91 : *AFDI*, 1986, p. 282 et 293, obs. V. Coussirat-Coustère ; *Cah. dr. eur.*, 1988, p. 462 et s., obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI*, 1986, p. 1082-1083, obs. P. Rolland.
- *Yazgüel Yılmaz c/ Turquie*, 1^{er} février 2011, req. n° 36369/06.
- *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, 13 août 1981 : *CDE* 1982, 226, chron. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, 220, obs. P. Rolland.
- *Yunus Aktas c/ Turquie*, 20 octobre 2009, req. n° 24744/03
- *Z. et autres c/ Royaume-Uni*, 10 mai 2001, req. n° 29392/95 : *JCP G* 2001. I. 342, obs. F. Sudre ; *JDI* 2002, n° 1, p. 286, obs. C. Renaut.
- *Zdravko Petrov c/ Bulgarie*, 23 juin 2011, req. n° 20024/04.

3. Sur la protection de la relation parents-enfants

3.1. Articles, Etudes, Chroniques, Notes, observations

- Ancel B. et Muir Watt H., L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le règlement Bruxelles II bis, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 596.
- Andriantsimbazovina J., Le maintien du lien familial des étrangers, in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 232.
- Bioché A., La Cour strasbourgeoise a-t-elle décidé d'annihiler la Convention de La Haye ?, *AJ fam.* 2012, 97

- Carbonnier J., Les notions à contenu variable dans le droit de la famille, in *Les notions à contenu variable en droit*, C. Parelman et R. Vander Elst (dir.), Bruxelles, 1984, p. 99.
- De Beco G., L'expulsion des étrangers mineurs délinquants : une lueur de clarté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH* 2009, p. 1901.
- De Bernardinis Ch., La Cour de Strasbourg juge illégale la rétention de jeunes migrants accompagnés de leurs parents en raison de l'inadaptation du centre de rétention, *Lexbase Hebdo – édition privée général* 2012, n° 233.
- Dembour M.-B., Etranger ou quasi-nationaux ? Le choix des droits de l'homme, *RTDH* 2002, p. 963/
- Devers A., L'apport des droits européens à la lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants, in C. Gauthier, M. Gautier et A. Gouttenoire (dir.), *Mineurs et droits européens*, coll. Droit européen, Pédone, 2012, p. 91.
Les enlèvements d'enfants et le règlement « Bruxelles II bis, in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, 2004, p. 33.
- Dugrip O. et Sudre F., Droit à un procès équitable et exécution des décisions de justice, *JCPG*, 1997, II, 22949.
- Fulchiron H., La lutte contre les enlèvements d'enfants, in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. Fulchiron (dir.), Dalloz, 2005, p. 228 et s.
- Gouttenoire A., La France condamnée à Strasbourg pour la rétention de mineurs étrangers accompagnant leurs parents, *Lexbase Hebdo – édition privée générale* 2012, n° 472.
Enfants nés de GPA : la Cour européenne joue les équilibristes !, *Lexbase Hebdo – édition privée générale* 2015, n° 601.
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*, F. Sudre (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 287.
Déplacement illicite d'enfant : la difficile conciliation de l'obligation au retour et du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, *Lexbase Hebdo édition privée générale*, 2013, n° 520.
La parole de l'enfant enlevé, in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, H. Fulchiron (dir.), Acte du colloque organisé par le Centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, 2004, p. 349 et s.
L'audition de l'enfant dans le règlement « Bruxelles II bis », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. Fulchiron (dir.), Dalloz, 2005, p. 201.
La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6.
- Gouttenoire A., Gris Ch., Martinez M., Maumont B., Murat P., La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après : commentaire article par article, *Dr. fam.* 2009, p. 36, dossier 13.
- Gouttenoire-Cornut A., La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative, in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. Sudre), coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002, p. 303.

- Hauser J., 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*, Bruylant, 2002, p. 315 et s.

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*, Bruylant, 2002, p. 315 et s.

- Hilt P., L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants, *AJ fam* 2004, p. 384.

- Huet I., La double peine et la Convention européenne des droits de l'homme, *in P. Lambert et C. Pettiti (dir.), Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 59.

- Kribeche N., Le placement des enfants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *in Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. Krenc et M. Puéchavy), coll. Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, p. 113.

- Mathieu N., Séparation des parents et garde d'enfant – Le point sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH* 2013, p. 39.

- Levinet M., L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, *RTDH* 1999, p. 89.

- Marchadier F., La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 677.

- Marguénaud J.-P., L'intérêt supérieur de l'enfant, instrument d'hégémonie de la Convention DEH sur les conventions procédurales, *RTD civ.* 2010, p. 735.

L'affaire *Kopf et Liberda* ou la consolation procédurale de la famille d'accueil, *RTDH* 2012, p. 985.

L'interprétation régressive du droit au respect de la vie privée et de la vie familiale par la Grande Chambre de la Cour EDH, *RTD civ.* 2003, p. 760.

- Millard E., La garde des enfants et la discrimination en matière de religion, *in P. Tavernier (dir.), La France et la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence en 2003*, Bruxelles : Bruylant 2005.

- Mock H., Le mariage, une meilleure garantie contre la « double peine » ? Commentaire sur l'arrêt du 2 août 2001, *Boultif c/ Suisse*, *RTDH* 2002, p. 483

- Pettiti M., La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la Convention de La Haye sur les enlèvements d'enfants, *AJ fam.* 2006, p. 185.

- Porcheron D., La jurisprudence des deux Cours européens (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfant : vers une relation de complémentarité ?, *JDI Clunet* 2015, n° 3, doct. 8.

- Raux C., Les mesures d'éloignement du territoire devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme. Commentaire sur l'arrêt du 18 octobre 2006, *Üner c/ Pays-Bas*, *RTDH* 2007, p. 837.

- Richez-Pons A., La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe, *Dr. fam.* 2006, Acte de colloque organisé par le Centre de droit de la famille de Lyon le 25 novembre 2005, n° 32, p. 15 et s.
- Rietiker D., Un enlèvement d'enfant devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire *Neulinger et Shuruk c/ Suisse* analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux, *RTDH* 2012, p. 377.
- Sudre F., Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruylant-Nemesis, Bruxelles, coll. « Droit et justice », n° 38, 2002, p. 11.
Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *RTDH* 1995, p. 363.
- Sudre F. et Gouttenoire A., La protection de l'enfant contre les maltraitances, *RTDH* 2003, p. 1355.
- Sirinelli M., La vie familiale et les convictions religieuses, in P. Tavernier (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme 1998 – 2008 : Une décennie d'application du Protocole XI, la jurisprudence en 2007*, Bruylant 2009, p. 281- 292.
- Valette M.-F., « Double peine » : les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH* 2007, p. 1106.
- Willems G., La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité, *RTDH* 2013, p. 65.

3.2. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

- *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, 28 mai 1985, A 94.
- *A.D. et O.D. c/ Royaume-Uni*, 16 mars 2010, req. n° 28680/06.
- *Ahmut c/ Pays-Bas*, 28 novembre 1996, Recueil 1996-VI, p. 2031 : *RUDH* 1997, p. 25, chron. M. Levinet ; *JDI* 1997, n° 1, p. 200.
- *Ageyev c/ Russie*, 18 avril 2013, req. n° 7075/10 : *AJF* 2013, p. 297, obs. M. Rouillard ; *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire.
- *Amrollahi c/ Danemark*, 11 octobre 2002, req. n° 56811/00.
- *Andersson c/ Suède*, 25 février 1992.
- *B. c/ Roumanie*, 19 février 2013, req. n° 1285/03 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2013, p. 232, obs. G. Vial.
- *B.B. et F.B. c/ Allemagne*, 14 mars 2013, req. n° 18734/09 et 9424/11 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12.
- *Ball c/ Andorre*, 11 décembre 2012, req. n° 40628/10 : *GACEDH*, p. 577, *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.

- *Baltaji c/ Bulgarie*, 12 juillet 2011, req. n° 12919/04 : *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire.
- *Boultif c/ Suisse*, 2 août 2001, req. n° 54273/00 : *RTDH* 2002, p. 483, obs. H. Mock.
- *Berrehab c/ Pays-Bas*, 21 juin 1998, série A. n° 138 : *Gaz. Pal.* 1998, n° 46, p. 30, obs. E. Guild ; V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz-Sirey, 2011, p. 471 ; *RSC* 1988, p. 845, obs. L.-E. Pettiti et F. Teitgen ; *JDI* 1990, p. 822, obs. P. Rolland et P. Tavernier.
- *Bianchi c/ Suisse*, 22 juin 2006, req. n° 7548/04
- *Maire c/ Portugal*, 26 juin 2003, req. n° 48206/99 : *Europe* 2003, n° 8, p. 32, obs. N. Deffains ; *LPA* 2004, n° 113, p. 10.
- *Blaga c/ Roumanie*, 7 juillet 2014, req. n° 54443/10 : *AJ fam.* 2014, p. 507, obs. E. Viganotti ; *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire.
- *Bordeianu c/ Moldavie*, 11 janvier 2011, req. n° 49868/08 : *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire.
- *Boughanemi c/ France*, 24 avril 1996 : *AJDA* 1996, n° 12, p. 1005, obs. J-F. Flauss ; *JDI* 1997, n° 1, p. 215, obs. E. Tamion ; *Gaz. Pal.* 1997, n° 192, p. 24, obs. I. Huet.
- *El Boujaïdi c/ France*, 26 septembre 1997.
- *Baghli c/ France*, 13 novembre 1999.
- *Bove c/ Italie*, 30 juin 2005, req. n° 30595/02.
- *Bronda c/ Italie*, 9 juin 1998, req. n° 22430/ 93.
- *Buchberger c/ Autriche*, 20 décembre 2001, req. n° 32899/96.
- *C. c/ Finlande*, 9 mai 2006, req. n° 18249/02.
- *Calmanovici c/ Roumanie*, 10 février 2009, req. n° 42250/02 : *Dr. Pen.* 2009, n° 4, p. 16, obs. E. Dreyer.
- *Carlson c/ Suisse*, 6 novembre 2008, req. n° 49492/06 : *RLDC* 2009, n° 56, p. 40, obs. C. Evenat ; *JCP G* 2009, n° 3, p. 27, obs. F. Sudre.
- *Cengiz Kiliç c/ Turquie*, 6 décembre 2011, req. n° 16192/06.
- *Ciliz c/ Pays-Bas*, 11 juillet 2000, req. n° 29192/95 : *AJDA* 2000, n° 12, p. 1006, obs. J-F. Flauss.
- *Clemeno et autres c/ Italie*, 21 octobre 2008, req. n° 19537/03 : *Dr. fam.* 2010, n° 1, étude 1, obs. A. Gouttenoire.
- *Covezzi et Morselli c/ Italie*, 9 mai 2003, req. n° 52763/99 : *Europe* 2003, n° 8, p. 33, obs. N. Deffains.
- *Couillard Maugery c/ France*, 1^{er} juillet 2004, req. n° 64796/01.

- *Cruz Varas et autres c/ Suède*, 20 mars 1991, série A. 201.
- *D.P. et J.C. c/ Royaume-Uni*, 10 octobre 2002, req. n° 38719/97 : *JCP G* 2003, I, 109, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2003, n° 56, p. 1355, obs. A. Gouttenoire.
- *Dalia c/ France*, 19 février 1998, req. n° 26102/95.
- *Diamante et Pelliccioni c/ Saint-Marin*, 27 septembre 2011, req. n° 32250/08 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire.
- *Dore et Karoussiotis c/ Portugal*, 1^{er} février 2011, req. n° 775/08 et 23205/08.
- *Doris Povse c/ Mauro Alpago* : *RTD civ.* 2010, p. 748, obs. P. Remy-Corley ; *AJ fam.* 2010, p. 482, obs. A. Bioché ; *RTD eur.* 2010, p. 927, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ; *D.* 2011, pan., p. 1374, obs. F. Jault-Seseke
- *Dostal c/ République tchèque*, 21 février 2006, req. n° 26739/04.
- *Elsholz c/ Allemagne*, 13 juillet 2000, req. n° 25735/94.
- *Eriksson c/ Suède*, 22 juin 1989, série A., n° 156.
- *Eskinazi et Chelouche c/ Turquie*, 6 décembre 2005, req. n° 14600/05 : *Dr. fam.* 2006, comm. 44, note. F. Sudre.
- *Ezzouhdi c/ France*, 13 février 2001, req. n° 47160/99 : *RJPF* 2001, n° 6, p. 12, obs. E. Putman ; *Dr. fam.* 2001, n° 7, p. 13, obs. S. Grataloup ; *JDI* 2002, n° 1, p. 294, obs. A. Peyro-Llopis.
- *Gineitienė c/ Lituanie*, 27 juillet 2010, req. n° 20739/05.
- *Glaser c/ Royaume-Uni*, 19 septembre 2000, req. n° 32346/96.
- *Mihailova c/ Bulgarie*, 12 janvier 2006, req. n° 35978/02.
- *Gluhakovic c/ Croatie*, 12 avril 2011, req. n° 21188/09 : *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire.
- *Gnahoré c/ France*, 19 septembre 2000, req. n° 40031/98 : *RD publ.* 2001, p. 682, obs. A. Gouttenoire-Cornut ; *RTDH* 2001, n° 48, p. 1065, obs. M. Puechavy ; *JDI* 2001, n° 1, p. 161 ; *JDE* 2001, n° 76, p. 34, obs. P. Lambert ; *D.* 2001, n° 9, p. 725, obs. F. Rolin.
- *Görgülü c/ Allemagne*, 26 février 2004, req. n° 74969/01.
- *Guichard c/ France*, 2 septembre 2003, req. n° 56838/00 : *Dr. fam.* 2004, n° 6, p. 26, obs. A. Gouttenoire.
- *Gül c/ Suisse*, 19 février 1996, Recueil 1996-I, p. 175 : *JDI* 1997, n° 1, p. 200.
- *Haase c/ Allemagne*, 8 avril 2004, req. n° 11057/02.
- *Havelka et autres c/ République tchèque*, 21 juin 2007, req. n° 23499/06.

- *Hanzelkovi c/ République tchèque*, 11 décembre 2014, req. n° 4363/10 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2015, doct. 70, obs. F. Sudre.
- *Hoppe c/ Allemagne*, 26 février 2004, req. n° 28422/95.
- *Hoffmann c/ Autriche*, 23 juin 1993, req. n° 12875/87 : *D.* 1994, p. 326, obs. J. Hauser ; *LPA* 1993, n° 138, p. 20, obs. I. Rouvuère-Perrier ; *RTDH* 1994, p. 405, obs. J. Morange.
- *Hromadka et Hromadkova c/ Russie*, 11 décembre 2014, req. n° 22909/10 : *AJ fam.* 2015, p. 59, obs. E. Viganotti ; *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire.
- *Hunt c/ Ukraine*, 7 décembre 2006, req. n° 31111/04.
- *I.S. c/ Allemagne*, 5 juin 2014, req. n° 31021/08 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire.
- *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, 25 janvier 2000, req. n° 31679/96 : *JCP G* 2001. I. 291, chron. F. Sudre ; *JDI* 2001, n°1, p. 161 ; *RTD Civ.* 2001, n° 2, p. 439, obs. J-P. Marguénaud ; *Dr. famille* 2002, n° 1, p. 11, obs. S. Grataloup.
- *Maire c/ Portugal*, 26 juin 2003, req. n° 48206/99, § 74 : *Europe* 2003, n° 8, p. 32, obs. N. Deffains ; *LPA* 2004, n° 113, p. 10.
- *Iglesias Gil et A.U.I. c/ Espagne*, 29 avril 2003, req. n° 56673/00.
- *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, 25 janvier 2000, req. n° 31679/96 : *JCP G* 2001. I. 291, chron. F. Sudre ; *JDI* 2001, n°1, p. 161 ; *RTD Civ.* 2001, n° 2, p. 439, obs. J-P. Marguénaud ; *Dr. famille* 2002, n° 1, p. 11, obs. S. Grataloup.
- *Iordache c/ Roumanie*, 14 janvier 2009, req. n° 6817/02 : *JCP G* 2009, n° 3, p. 27, obs. F. Sudre.
- *Ismailova c/ Russie*, 29 novembre 2007, req. n° 37614/02.
- *J.M. c/ Royaume-Uni*, 28 septembre 2010, req. n° 37060/06.
- *Jeunesse c/ Pays-Bas*, 13 novembre 2013, req. n° 12738/10 : *JCP G* 2015, n° 3, doct. 70, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2014, *alerte* 54, obs. V. Égéa.
- *Johansen c/ Norvège*, 7 août 1996 : *JCP G* 1997. I. 4000, obs. F. Sudre.
- *K. et T. c/ Finlande*, 12 juillet 2001, req. n° 25702/94 : *JCP G* 2002. I. 105, obs. F. Sudre.
- *Kaplan et autres c/ Norvège*, 24 juillet 2014, req. n° 32504/11 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *RJPF* 2014, n° 10, p. 13, obs. E. Putman.
- *Karrer c/ Roumanie*, 21 février 2012, req. n° 16965/10.
- *Keegan c/ Irlande*, 19 avril 1994 : *JCP G* 1995. I. 3823, obs. F. Sudre ; *JDI* 1995, n° 3, p. 763, obs. P. Tavernier.
- *Keles c/ Allemagne*, 27 octobre 2005, req. n° 32231/02.

- *Kopf et Liberda c/ Autriche*, 17 janvier 2012, req. n° 1598/06 : *Dr. fam* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire ; *RTDH* 2012, p. 985, obs. J.-P. Marguénaud.
- *Koudelka c/ République tchèque*, 20 juillet 2006, req. n° 1633/05.
- *Krasicki c/ Pologne*, 15 avril 2014, req. n° 17254/11 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2014, p. 373, obs. E. Viganotti.
- *Kuppinger c/ Allemagne*, 15 janvier 2015, req. n° 62198/11 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2015, p. 101, obs. E. Viganotti.
- *Kutzner c/ Allemagne*, 26 février 2002, req. n° 46544/99 : *Europe* 2002, n° 5, p. 28, obs. N. Deffains.
- *Lavents c/ Lettonie*, 28 novembre 2002, req. n° 58442/00.
- *Lafargue c/ Roumanie*, 13 octobre 2006, req. n° 37284/02.
- *Laino c/ Italie*, 18 février 1999, req. n° 33158/96.
- *Loizidou c/ Turquie*, Gr. Ch., 23 mars 1995, Exceptions préliminaires, série A, n° 310 : *GACEDH* n° 1 ; *RUDH* 1996, 6, obs. F. Sudre ; *RGDIP* 1998, 123, obs. G. Cohen-Jonathan ; *RTDH* 1998, 102, obs. J.-P. Cot.
- *Johnston et autres c/ Irlande*, 18 décembre 1986, série A n° 112, pp. 24-25.
- *Lopez Guio c/ Slovaquie*, 3 juin 2014, req. n° 10280/12 : *JCP G* 2014, 1414, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire.
- *M. et C. c/ Roumanie*, 27 septembre 2011, req. n° 29032/04.
- *M.D. et autres c/ Malte*, 17 juillet 2012, req. n° 64791/10 : *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.
- *M.P. et autres c/ Bulgarie*, 15 novembre 2011, req. n° 22457/08.
- *Maire c/ Portugal*, 26 juin 2003, req. n° 48206/99.
- *Mannuello et Nevi c/ Italie*, 20 janvier 2015, req. n° 62198/11 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *RJPF* 2015, p. 2 ; *AJF* 2015, p. 101, obs. E. Viganotti.
- *Maslov c/ Autriche*, 23 juin 2008, req. n° 1638/03 : *JCP G* 2008, n° 30, p. 25, obs. F. Sudre ; *Dr. Pen.* 2009, n° 4, p. 16, obs. E. Dreyer ; *RTDH* 2009, n° 40, p. 1091, obs. G. de Beco ; *AJP* 2009, p. 17, obs. I. Berro-Lefèvre ; *JCP A* 2009, n° 9, 2037.
- *Maumousseau et Washington c/ France*, 6 décembre 2007, req. n° 39388/05 : *AJ fam.* 2008, 83, obs. A. Boiché ; *Dr. famille* 2008, étude n° 14, obs. A. Gouttenoire ; *Procédure* 2008, comm. n° 78, obs. N. Fricero ; M.-G. Merloz, La convention européenne et le respect de l'intérêt de l'enfant : l'enlèvement d'enfant et la Convention de la Haye de 1980, in P. Tavernier (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme 1998-2008 : une décennie d'application du protocole X, la jurisprudence en 2007*, Bruylant, 2009.
- *McMichael c/ Ruyauume-Uni*, 24 février 1995, A. 307-B.

- *Mehemi c/ France*, 26 septembre 1997, req. n° 25017/94 : *RSC* 1998, p. 385, obs. R. Koering-Joulin ; *JCP G* 1998, n° 5, I 107, obs. F. Sudre.
- *Meirelles c/ Bulgarie*, 18 décembre 2012, req. n° 66203/10 : *Dr. fam* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.
- *Mihailova c/ Bulgarie*, 12 janvier 2006, req. n° 35978/02.
- *Moretti et Benedetti c/ Italie*, 27 avril 2010, req. n° 16318/07 : *JCP G* 2010, n° 37, p. 1699 ; *JCPG* 2010, n° 35, p. 1587, obs. F. Sudre ; *Procédures* 2010, n° 6, p. 16, obs. N. Fricéro ; *JCP G* 2010, n° 21, 587, obs. F. Sudre.
- *Moser c/ Autriche*, 21 septembre 2006, req. n° 12643/02.
- *Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991, Série A, n° 193 : *JDI* 1992, p. 777, obs. E. Decaux et P. Tavernier ; *RTDH* 1991, p. 385, obs. P. Martens ; *D.* 1992, p. 326, obs. J.-F. Renucci ; *RUDH* 1992, p. 1, obs. F. Sudre
- *Muskhadzhiyeva et autres c/ Belgique*, 19 janvier 2010, req. n° 41442/07 : *Dr. fam.* 2010, n°6, p. 19, études 14, obs. M. Farge et A. Gouttenoire ; *D.* 2010, n° 43, p. 2868 ; *D.* 2010, n° 29, p. 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *JCP G* 2010, n° 35, p. 1587, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2010, n° 7, 194, obs. L. Milano ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 76-77, p. 14, obs. F. Desprez ; *Lexbase hebdo* n° 384 du 25 février 2010 (n° Lexbase : A2046ER9), obs. A. Gouttenoire.
- *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, 12 octobre 2006, req. n° 13178/03, § 96 : *D.* 2007, n° 11, p. 771, obs. P. Muzny ; *RCDIP* 2008, n° 1, p. 35, obs. C. Cournil.
- *Nasri c/ France*, 13 juillet 1995 : *JDI* 1996, n° 1, p. 236, obs. D. Leclercq ; *Gaz. Pal.* 1996, n° 285, I. Huet.
- *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, 6 juillet 2010, req. n°41615/07 : *JCP G* 2010, n° 30, p. 1520, obs. B. Pastre-Belda ; *RTD Civ.* 2010, n° 4, p. 735, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDE* 2010, n° 4, p. 927 ; *JCP G* 2011, n° 4, p. 182, obs. F. Sudre ; *D.* 2011, n° 20, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke.
- *Nova et Silva c/ France*, 25 septembre 2012, req. n° 53615/08 : *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.
- *Nunez c/ Norvège*, 28 juin 2011, req. n° 55597/09.
- *Olsson n°1 c/ Suède*, 24 mars 1988, série A., n° 130.
- *Olsson n° 2 c/ Suède*, 27 novembre 1992 : *JDI* 1989, p. 789 ; *JDI* 1993, n° 3, p. 715, obs. P. Tavernier ; *RCS* 1988, p. 573, obs. L.-E. Pettiti ; *GACEDH* comm. n° 50, p. 509 ; *AJDA* 1993, n°2, p. 105, obs. J.-F. Flauss.
- *Osman c/ Danemark*, 14 juin 2011, req. n° 38058/09.
- *Özman c/ Turquie*, 4 décembre 2012, req. n° 28110/08.
- *P.K. c/ Pologne*, 10 juin 2014, req. n° 43123/10 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2014, p. 426, obs. E. Viganotti.

- *P.V. c/ Espagne*, 30 novembre 2010, req. n° 35159/09 : *Dr. fam.* 2011, n° 4, étude 10, obs. A. Gouttenoire.
- *Palau-Martinez c/ France*, 16 décembre 2003, req. n° 64927/01 : *D.* 2004, p. 1261, obs. F. Boulanger ; *AJF* 2004, p. 62, obs. S. Plana ; *RTD Civ.* 2004, p. 78, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2004. II. 10122, obs. A. Gouttenoire ; E. Millard, *La garde des enfants et la discrimination en matière de religion*, in P. Tavernier (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence en 2003*, Bruxelles, Bruylant 2005.
- *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, 27 janvier 2015, req. n° 25358/12 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2015, étude 11, J.-B. Walter ; *JCP G* 2015, act. 194, note F. Sudre ; *AJPF* avr. 2015, p. 11, obs. I. Corpart ; *AJF* 2015, p. 165, obs. E. Viganotti ; *Lexbase Hebdo – édition privée générale* 2015, n° 601, obs. A. Gouttenoire.
- *Patera c/ République tchèque*, 26 avril 2007, req. n° 25326/03 : *AJ fam.* 2007. p. 275.
- *Pedovic c/ République tchèque*, 18 juillet 2006, req. n° 27145/03.
- *Phostira Efthymou et Ribeiro Fernandes c/ Portugal*, 5 février 2015, req. n° 66775/11 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, A. Goutteoire.
- *Pini Bertani et autres c/ Roumanie*, 22 juin 2004, req. n° 31929/96 : *Dr. fam.* 2004, chron. n° 28, A. Gouttenoire et P. Salvage-Gerest ; *JCP G* 2004. I. 161, obs. F. Sudre.
- *Plasse-Bauer*, 28 février 2006, req. n° 21324/02.
- *Pontes c/ Portugal*, 24 septembre 2012, req. n° 19554/09 : *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3.
- *Popov c/ France*, 19 janvier 2012, req. n° 39472/07 et 39474/07 : *JCP G* 2012, n° 8, p. 375, obs. F. Sudre ; *D.* 2012, n° 6 P. 363, obs. C. Fleuriot ; *AJDA* 2012, p. 127, obs. R. Grand ; *Lexbase Hebdo édition privée générale* n° 472 (n° Lexbase N0138BTB), obs. A. Gouttenoire.
- *Prodelalova c/ République tchèque*, 20 décembre 2011, req. n° 40094/08 : *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire.
- *Prizzia c/ Hongrie*, 11 juin 2013, req. n° 20255/12 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2013, p. 439, obs. C. Baudouin.
- *R.K. et A.K. c/ Royaume-Uni*, 30 septembre 2008, req. n° 38000/05.
- *R.M.S. c/ Espagne*, 18 juin 2013, req. n° 28755/12 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire, *AJF* 2013, p. 500, obs. M. Rouillard.
- *Rahimi c/ Grèce*, 5 avril 2011, req. n° 8687/08 : *RTDH* 2012, p. 103, obs. M.-F. Valette.
- *Raw et autres c/ France*, 7 mars 2003, req. n° 10131/11 : *Dr. fam.* 2013, comm. 55, obs. F. Creux-Thomas ; *Dr. fam.* 2014, étude 12, obs. A. Gouttenoire.
- *Reigado Ramos c/ Portugal*, 22 novembre 2005.
- *Reslova c/ République tchèque*, 18 juillet 2006, req. n° 7550/04.
- *Roda et Bonfatti c/ Italie*, 21 novembre 2006, req. n° 10427/02.

- *Rodriguez da Silva et Hoogkamer c/ Pays-Bas*, 31 janvier 2006, req. n° 50435/99.
- *Rouiller c/ Suisse*, 22 juillet 2014, req. n° 3592/08 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *RJPF* 2014, p. 22, obs. S. Godechot-Patris.
- *Sabou et Pircalab c/ Roumanie*, 28 septembre 2004, req. n° 46572/99 : *JDI* 2005, n° 2, p. 534, obs. C. de la Hougue.
- *Sahin c/ Allemagne*, 8 juillet 2003, req. n° 30943/96.
- *Schaal c/ Luxembourg*, 18 février 2003, req. n° 51773/99.
- *Schmidt c/ France*, 26 juill. 2007, req. n° 35109/02 : *RTD civ.* 2007, p. 765, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2007. I. 102, obs. A. Gouttenoire ; M. Sirinelli, La vie familiale et les convictions religieuses, in P. Tavernier (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme 1998 – 2008 : Une décennie d'application du Protocole XI, la jurisprudence en 2007*, Bruylant 2009, p. 281- 292.
- *Sahin c/ Allemagne*, 8 juillet 2003, req. n° 30943/96 : *RTD civ.* 2003. 760, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 2002, n° 3, p. 128, obs. F. Sudre ; *Sommerfeld c/ Allemagne* du 8 juillet 2003, req. n° 31871/96, § 93 : *JCP G* 2004. I. 107, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2003, p. 760 – 763, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard ; *JCP G* 2002. I. 105, obs. F. Sudre ; *Europe* 2003, n° 12, p. 29, obs. N. Deffains.
- *Saileanu c/ Roumanie*, 2 février 2010, req. n° 46268/06.
- *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*, 21 décembre 1999, req. n° 33290/96 : *JCP G* 2000. I. 203, obs. F. Sudre.
- *Saviny c/ Ukraine*, 18 décembre 2008, req. n° 39948/06.
- *Schneider c/ Allemagne*, 15 septembre 2011, req. n° 17080/07 : *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire.
- *Scozzari et Giunta c/ Italie*, 13 juillet 2000, req. n° 39221/98 et 41963/98 : *JCP G* 2001. I. 291, obs. F. Sudre ; *JDE* 2001, n° 76, p. 34, obs. P. Lambert ; *RTD Civ.* 2001, n° 2, p. 451, obs. J.-P. Marguénaud.
- *Sen c/ Pays-Bas*, 21 décembre 2001, req. n° 31465/96 : *AJDA* 2002, n° 6, p. 500, obs. J.-F. Flauss ; *JCP G* 2002. I. 105, obs. F. Sudre.
- *Shaw c/ Hongrie*, 26 juillet 2011, req. n° 6457/09.
- *Sneersone et Campanella c/ Italie*, 12 juillet 2011, req. n° 14737/09 : *AJ fam.* 2011, p. 504, obs. M. Rouillard ; *Dr. fam.* 2011, alerte 83, obs. M. Bruggeman ; *Dr. fam.* 2012, étude 6, obs. A. Gouttenoire.
- *Sophia Gudrun Hansen/ Turquie*, 23 septembre 2003.
- *Sporer c/ Autriche*, 3 février 2011, req. n° 35637/03.
- *Sylvester c/ Autriche*, 24 avril 2003, req. n° 36812/97 et 40104/98.

- *T.P. et K.M. c/ Royaume-Uni*, 10 mai 2001, req. n° 28945/95 : *JCP G* 2002. I. 342, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2001, n° 11, p. 23, obs. P. Murat ; *AJDA* 2001, n°12, p. 1060, obs. J.-F. Flauss.
- *Tanda-Muzinga c/ France*, 10 juillet 2014, req. n° 2260/10 : *JCP G* 2014, act. 872, obs. C. Picheral ; *JCP G* 2015, doct. 70, obs. F. Sudre.
- *Mugenzi c/ France*, 10 juillet 2014, req. n° 52701/09 : *JCP G* 2014, act. 872, obs. C. Picheral ; *JCP G* 2015, doct. 70, obs. F. Sudre.
- *Trosin c/ Ukraine*, 23 février 2012, req. n° 39758/05 : *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.
- *Tsikakis c/ Allemagne*, 10 février 2011, req. n° 1521/06 : *Dr. fam.* 2011, n° 4, étude 10, obs. A. Gouttenoire.
- *Tuquabo-Tekle et autres c/ Pays-Bas*, 1^{er} décembre 2005, req. n° 60665/00.
- *Üner c/ Pays-Bas*, 18 octobre 2006, req. n° 46410/99 : *GACEDH*, n° 55 ; *JCP G* 2007, I, 106, n° 12, chron. F. Sudre ; *AJDA* 2007, 906, chron. J.-F. Flauss ; *RDP* 2007, 887, chron. M. Levinet ; *RTDH* 2007, 71, note C. Raux.
- *Vojnity c/ Hongrie*, 12 février 2013, req. n° 296117/07 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2013, comm. 70, obs. K. Gracia ; *AJF* 2013, p. 179, obs. L. Briand.
- *Vautier c/ France*, 26 novembre 2009, req. n° 28499/05 : *D.* 2010, n° 29, p. 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *Lexbase Hebdo – Edition privée générale*, n° 376, n° lexbase : N7120BMN, obs. A. Gouttenoire.
- *Volesky c/ République tchèque*, 29 juin 2004, req. n° 63627/00.
- *W. c/ Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, Série A., n° 120 et 121.
- *Wagner et J. M. W. L. c/ Luxembourg*, 28 juin 2007, req. n° 76240/01 : *RTD civ.* 2007. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *RJPF* 2007-11/36, obs. M.-C. Le Boursicot.
- *Wallova et Walla c/ République tchèque*, 21 septembre 2006, req. n° 23848/04.
- *X. c/ Lettonie*, 13 décembre 2011, req. n° 27853/09 : *JDI* 2014, n°3/2014, p. 980, obs. V. Durand ; *JDI* 2014, n° 3/2014, p. 917, obs. J.-S. Bergé ; *RJPF* 2014, n° 2, p. 38, obs. F. Eudier ; *JCP G* 2014, n° 3, p. 106, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2013, n° 51, p. 2339, obs. G. Gonzalez ; *D.* 2013, n° 22, p. 1515, obs. J.-P. Jean.
- *Yildiz c/ Autriche*, 31 octobre 2002, req. n° 37295/97.
- *Z. et autres c/ Royaume-Uni*, 10 mai 2001, req. n° 29392/95 : *JCP G* 2001. I. 342, obs. F. Sudre ; *JDI* 2002, n° 1, p. 286, obs. C. Renaut.
- *Zambotto Perrin c/ France*, 26 septembre 2013, req. n° 4962/11 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2013, p. 633, obs. E. Viganotti.

- *Zaunegger c/ Allemagne*, 3 décembre 2009, req. n° 22028/04, § 54 : *RTD civ.* 2010 p. 773 obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2011, Etude n°10, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2010, n° 37, p. 1687, obs. J. Jehl ; *JCP G* 2010, n° 14, p. 720 ; obs. F. Boulanger ; *JCP G* 2010, n° 1, p. 52 ; *RJPF* 2010, n°4, p. 24, obs. F. Eudier.

- *Zavrel c/ République tchèque*, 19 janvier 2007, req. n° 14044/05.

- *Zhou c/ Italie*, 21 janvier 2014, req. n° 33773/11 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire.

3.3. Jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme

- Commission, décision du 9 avril 1992, *M.V. c/ Malte*.

- Commission, décision du 12 avril 1996, *Dazin c/ France*.

3.4. Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

- *CJUE*, 5 octobre 2010, aff. C-400/10 PPU, *J. McB c/ L.E.* : *Dr. fam.* 2011, comm. 50, note M. Farge ; *Europe* 2010, comm. 405, obs. C. Nourissat ; *D.* 2010, p. 2516, obs. I. Gallmeister ; *AJ fam.* 2010, p. 482, obs. A. Bioché ; *RTD civ.* 2010, p. 748, obs. P. Remy-Corley et 2011, p. 115, obs. J. Hauser ; *RTD eur.* 2010, p. 927, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ; *D.* 2011, pan. p. 1374, obs. F. Jault-Seseke.

- *CJUE*, 1^{er} juillet 2010, aff. C-211/10 : *RTD civ.* 2010, p. 748, obs. P. Remy-Corley ; *AJ fam.* 2010, p. 482, obs. A. Bioché ; *RTD eur.* 2010, p. 927, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ; *D.* 2011, pan., p. 1374, obs. F. Jault-Seseke.

- *CJUE*, 11 juillet 2008, aff. C-195/08 PPU, *Rinau*.

- *CJUE*, 22 décembre 2010, aff. C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga c/ Pelz*.

4. Sur le rattachement de l'enfant à sa famille

4.1. Articles, études, chroniques, notes, observations

- V. Bonnet, L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme : une histoire sans fin ?, *RTDH* 2014, p. 153.

- Chénéde F., L'adoption de l'enfant de son partenaire homosexuel : pas de côté ou volte-face de la Cour européenne, *AJF* 2013, p. 227.

Les arrêts *Mennesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme, *D.* 2014, p. 1797.

- Dionisi-Peyrusse A., Actualités de la bioéthique, *AJ fam* 2014, p. 396.

- Fulchiron H., Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, *D.* 2014, p. 1773.

L'adoption sur kafala ne vaut, *D.* 2007, n° 12, p. 821.

Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ?, *JCP G* 2013, n° 23, doct. 658.

La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ?, *JDI* 2014, n° 2, var. 2.

- Granet-Lambrechts F., Rectification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation : les modifications, *AJ fam* 2009, p. 76.
- Gouttenoire A., Convention de gestation pour autrui – Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, *JCP G* 2014, n° 30-35, 887.
Adoption de l'enfant de la concubine homosexuelle : la déception strasbourgeoise, *Lexbase Hebdo – édition privée générale* 2012, n° 479, n° Lexbase : A6794IED.
- J. Guillaumé, *JDI* 2014, n° 4, comm. 16.
- Hervieu N., Pusillanimité jurisprudentielle et carences conventionnelles à l'heure d'assurer l'égalité protection des cellule familiales homoparentales, in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 16 mars 2012.
L'adoption internationale aux prises avec la *kafala* sous le regard européen, in *Lettre « Actualités Droits Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012.
- Hammje P., L'interdiction de l'adoption face aux droits fondamentaux, *D.* 2012, p. 2947.
- Kinsch P., Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou, *RCDIP* 2007, p. 807.
L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 43, spéc. p. 50-51.
- La Boursicot M.-C., Accès aux origines personnelles : la CEDH cite le dispositif français en exemple pour condamner la loi italienne, *RLDC* 2013, n° 100, p. 35.
- Malaurie Ph., La Cour européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines. – L'affaire Odièvre», *JCP G* 2003, I 120.
- Mallet-Bricout B., Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme, *D.* 2003, p. 1240.
- Marguénaud J.-P., La réception européenne de la *kafala*, *RTD civ.* 2012, p. 705.
Le refoulement de l'adoption de l'enfant du partenaire d'un couple homosexuel, *RTD civ.* 2012, p. 275.
- Muir Watt H., Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale, *RCDIP* 1999, 469, spéc. 486.
- Murat P., L'accouchement sous X n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2003, n° 5, comm. 58.
Filiation et vie familiale, in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 161.
Passer par la filiation ou dépasser la filiation, in Fulchiron H. et Sasson D., *Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs*, 1^{re} édition, Bruylant, 2013, Bruxelles.

- Renchon J.-L., Une filiation monosexuée ?, in *Parenté, filiation, origines : Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. Fulchiron et J. Sesson (dir.), Bruxelles, Bruylant 2013, p. 239 à 246.
- Siffrein-Blanc C., Kafala et adoption vues par la CEDH, *RDLF* 2012, chron. 25.
- Sudre F., Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée, in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Cour européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruylant-Nemesis, coll. « Droit et justice », n° 63, 2005.
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*, F. Sudre (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 11.
- Surrel H., Exclusion des couples homosexuels de l'adoption coparentale : un arrêt peu convaincant, *JCP G* 2013, n° 11, 316.
- Vasseur-Lambry F., Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 9, *LPA* 2013, n° 162, p. 3.
- Wenner E., Le droit aux origines face à l'émergence de l'anonymat [à propos des casiers à bébés], in *L'identité de la personne humaine*, J. Pousson-Petit (dir.), Bruylant, 2000, p. 797 et s.
- Willems G., Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle de droit familial* 2013, n° 4, p.1025.

4.2. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

- *A. L. c/ Pologne*, 18 février 2014, req. n° 28609/08 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2014, p. 186, obs. M. Rouillard.
- *Ahren c/ Allemagne*, 22 mars 2012, req. n° 45071/09.
- *Kautzor c/ Allemagne*, 22 mars 2012, req. n° 23338/ 09 : *Dr. fam.* 2013, n° 3, étude 3, obs. A. Gouttenoire.
- *Backlund c/ Finlande*, 6 juillet 2010, req. n°36498/05 : *Dr. fam.* 2011, n° 4, étude 10, obs. A. Gouttenoire ; *LPA* 2011, n° 106, p. 5, obs. F. Vasseur-Lambry.
- *Bensaid c/ Royaume-Uni*, 6 février 2001, req. n° 44599/98 : *JCP G* 2001, n° 17, I 342, chron. F. Sudre.
- *Camp et Bourimi c/ Pays-Bas*, 3 octobre 2000 et *Pla et Puncernau c/ Andorre* du 13 juillet 2004 et elle vise les deux fondements dans l'affaire *Merger et Cros c/ France* du 22 décembre 2004.
- *C. Goodwin c/ Royaume-Uni*, Gr. Ch., 11 juillet 2002, req. n° 28957/95 : *RTD civ.* 2002, 862, chron. J.-P. Marguénaud ; *Dr. Fam.* 2002, Comm. n° 133, obs. A. Gouttenoire ; *RTDH* 2003, 1157, note A. Marienburg-Wachsmann et P. Wachsmann ; *D.* 2003, 2032, note A.-S. Chavent-Leclère.
- *Chavdarov c/ Bulgarie*, 21 décembre 2010, req. n° 3465/03.

- *Chbihi Loudoudi et autres c/ Belgique*, 16 décembre 2014, req. n° 52265/10 : *Dr. fam.* 2015, n° 7-8, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *AJF* 2015, p. 47, obs. E. Viganotti ; *RCDIP* 2015, n°2, p. 432, obs. F. Marchadier.
- *Ebru et Tayfun Enin Colak c/ Turquie*, 30 mai 2006, req. n°60176/00.
- *Emonet c/ Suisse*, 13 décembre 2007, req. n° 39051/03 : *JDI* 2008, n° 3, p. 815, obs. A. Jauréguiberry ; *RTD civ.* 2008, n° 2, p. 272, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2008, n° 2, p. 255, obs. J.-P. Marguénaud et P. Remy-Corlay.
- *Fabris c/ France*, 21 juillet 2011, req. n° 16574/08 : *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2011, p. 732, obs. J.-P. Marguénaud.
- *Fretté c/ France*, 26 février 2002, req. n° 36515/97 : *JCP G* 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *E.B. c/ France* du 22 janvier 2008, req. n° 43546/02, § 46 : *Dr. fam.* 2008, étude n° 14, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2008, II, 10074, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RJPF* 2008-2/32, obs. S. Valory.
- *Gas et Dubois c/ France*, 15 mars 2012, req. n° 25951/07 : *AJDA* 2012, 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2012, 1241, obs. I. Gallmeister, note A. Dionisi-Peyrusse ; *Lexbase Hebdo – Edition privée Générale*, 29 mars 2012, n° 479, obs. A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2012, 220, obs. C. Siffrein-Blanc ; *AJF* 2012, 163, point de vue F. Chénéde ; *RTD civ.* 2012, 275, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2012, 306, obs. J. Hauser
- *Gaskin c/ Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A, n° 160 : *GACEDH*, p. 324 ; *JDI* 1990, p. 715, obs. P. Tavernier ; *RUDH* 1990, p. 361, chron. P. Lambert.
- *Godelli c/ Italie*, 25 septembre 2012, req. n° 33783/09 : *Lexbase Hebdo – Edition Privée Générale* 2012, n° 503, obs. A. Gouttenoire ; *RLDC* 2013, n° 100, p. 35, obs. M.-Ch. Le Boursicot ; *JCP G* 2013, n° 3, p. 92, obs. F. Sudre ; *AJ fam.* 2012, n° 11, p. 554, obs. F. Chénéde ; *RTDH* 2014, n° 97, p. 153, obs. V. Bonnet ; N. Hervieu, L'accouchement anonyme à l'épreuve européenne du droit à la connaissance de ses origines, in *Lettres « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 septembre 2012.
- *Grönmark c/ Finlande*, 6 juillet 2010, req. n°17038/04.
- *Harroudj c/ France*, 4 octobre 2012, req. n° 43631/09 : *D.* 2012, p. 2392 ; *JCP G* 2012, 1945, obs. G. Gonzalez ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012, obs. N. Hervieu ; *Dalloz actualité*, 17 octobre 2012, obs. M. Kebir ; *AJF* 2012, p. 546, obs. A. Boiché ; *RLDF* 2012, chron. n° 25, obs. C. Siffrein-Blanc.
- *Inze c/ Autriche*, 28 octobre 1987, série A. n° 126.
- *Iyilik c/ Turquie*, 6 décembre 2011, req. n°2899/05 : *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire.
- *Jäggi c/ Suisse*, 13 juillet 2006, req. n° 58757/00 : *RTD civ.* 2006, n° 4, p. 727, note J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 2007, n° 13, p. 21, obs. Ch. Byk ; *JDI* 2007, n° 2007-2, p. 719, obs. C. Renaut ; *JCP A* 2006, 1300, chron. n° 13, obs. O. Dubos.
- *Johnston et autres c/ Irlande*, 18 décembre 1986.

- *Kalacheva c/ Russie*, 7 mai 2009, req. n° 3451/05.
- *Kroon et autres c/ Pays-Bas*, 27 octobre 1994, req. n° 18535/91, § 40 : *JCP G* 1995, I, 3823, obs. F. Sudre.
- *Marckx c/ Belgique*, 13 juin 1979, série A, n° 31 : *GACEDH* n° 51, *JT* 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *AFDI* 1980, 317, obs. Pelloux ; *JDI* 1982, 183, obs. P. Rolland.
- *Mazurek c/ France*, 1^{er} février 2000, *GACEDH* n° 54 ; *JCP G* 2000, II, 10286, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RTD civ.*, 2000, 311, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2000, 429, obs. J.-P. Marguénaud.
- *Mennesson et Labassée c/ France*, 26 juin 2014, req. n° 65192/11 et 65941/11 : *D.* 2014, n° 31, p. 1773, obs. H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon ; *D.* 2014, n° 31, p. 1787, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *D.* 2014, n° 31, p. 1797, note F. Chénéidé ; *D.* 2014, n° 31, p. 1806, obs. L. d'Avout ; *AJDA* 2014, chron n° 31, p. 1772, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *Revue générale du droit* 2014, n° 3, obs. M. Doulet ; *JCP G* 2014, n° 28, p. 1409, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2014, n° 30, p. 1486, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2014, n° 38, p. 1650 ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 204-205, p. 12, obs. E. Viganotti ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 257-259, p. 44, obs. S. Hamou ; *RJPF* 2014, n° 9, p. 46, obs. T. Garé.
- *Merger et Cros c/ France*, 22 décembre 2004, req. n° 68864/01, § 33 : *JCP G* 2005, I, 103, obs. F. Sudre.
- *Mikulic c/ Croatie*, 7 février 2002 : *Europe* 2002, n° 5, p. 30, obs. N. Deffains ; *JCP G* 2002, chron. n° 31, p. 1453, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, n° 4, p. 795, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2002, n° 4, p. 866, obs. J.-P. Marguénaud.
- *Mizzi c/ Malte*, 12 janvier 2006, req. n° 26111/02.
- *Negreponitis-Giannis c/ Grèce*, 3 mai 2011, req. n° 56759/08 : *Lexbase Hebdo édition privée générale* n° 439 (n° Lexbase A2837HQ7), obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2011, n° 6, alerte 48, obs. M. Bruggeman ; *JDI* 2012, comm. 7, note A. Dionisi-Peyrusse ; P. Kinsch, La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme, *RCDIP* 2011, p. 817.
- *Nylund c/ Finlande*, 29 juin 1999, req. n° 27110/95.
- *Odièvre c/ France*, 13 février 2003, req. n° 42326/98 : *Dr. fam.* 2003, n° 5, p. 23, obs. P. Murat ; *D.* 2003, n° 19, p. 1240, obs. B. Mallet-Bricout ; *LPA* 2003, n° 116, p. 11, obs. O. Roy ; *JDI* 2004, n° 2, p. 696, obs. D. Leclercq-Delapierre ; *RTDH* 2004, n° 58, p. 405, obs. V. Bonnet ; *RLDC* 2004, n° 5 SUP, p. 39, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; *RLDC* 2004, n° 5 SUP, p. 43, obs. M.-Ch. Le Boursicot ; *Gaz. Pal.* 2005, n° 16, p. 11, obs. S. Royant ; *RCDIP* 2006, n° 4, p. 743, obs. M. Hunter-Henin ; *JCP G* 2003, n° 13, I 120, obs. Ph. Malaurie ; *JCP G* 2003, n° 13, II 10049, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre.
- *Ostace c/ Roumanie*, 25 février 2014, req. n° 12547/06 : *Dr. fam.* 2014, n° 7-8, étude 12, obs. A. Gouttenoire.
- *Pascaud c/ France*, 16 juin 2011, req. n° 19535/08 : *JCP G* 2011, act. 797, obs. L. Milano ; *Dr. fam.* 2012, n° 3, étude 6, obs. A. Gouttenoire.

- *Paulik c/ Slovaquie*, 10 octobre 2006, req. n° 10699/05.
- *Phinikaridou c/ Chypre*, 20 décembre 2007, req. n°23890/02.
- *Pla et Puncernau c/ Andorre*, 13 juillet 2004, req. n° 69498/01.
- *Rasmussen c/ Danemark*, 28 novembre 1984, série A., n° 87.
- *Rozanski c/ Pologne*, 18 mai 2006, req. n° 55339/00.
- *Schalk et Kopf c/ Autriche*, 24 juin 2010, req. n° 30141/04 : *RTD civ.* 2010, p. 783, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2010, p. 765, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2010, n° 30, I. 859, obs. F. Sudre.
- *Shofman c/ Russie*, 24 novembre 2005, req. n° 74826/01.
- *Turnali c/ Turquie*, 7 avril 2009, req. n° 4914/03.
- *Vermeire c/ Belgique*, 29 novembre 1991, série A. n° 214-C, § 40.
- *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, 28 juin 2007, req. n° 76240/01 : *RTD civ.* 2007, 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *RJPF* 2007-11/36, obs. M.-C. Le Boursicot ; *JDI* 2008, chron. n° 5 ; *AJDA* 2007, p. 1918, obs. J.-F. Flauss ; *RTD civ.* 2007, 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *RCDIP* 2007, p. 807, obs. P. Kinsch.
- *X. et autres c/ Autriche*, 19 février 2013, req. n° 19010/07 : *AJDA* 2013, n° 31, p. 1795, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *LPA* 2013, n° 161, p. 3, chron. n° 9 ; *JCP G* 2013, n° 29, p. 1476, obs. F. Sudre ; *JCP G* 2013, chron. n° 28, p. 1401 ; *D.* 2013, panorama, n° 21, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2013, n° 2, p. 363, obs. J. Hauser ; *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2013-9, obs. G. Escudey ; *JCP G* 2013, n° 11, p. 552, obs. H. Surrel ; *D.* 2013, n° 8, p. 502, obs. I. Gallmeister, *JCP G* 2013, n° 9, p. 427, obs. C. Byk.
- *Yildirim c/ Autriche*, 19 octobre 1999, req. n° 34308/96.
- *Yousef c/ Pays-Bas*, 5 février 2003, req. n° 33711/96.
- *Znamenskaya c/ Russie*, 2 juin 2005, req. n° 77785/01.

Index alphabétique

Accès aux informations,

- accouchement sous X, 658
- enfant placé : connaissance de ses origines, 646
- placement de l'enfant, 587 s.

Action

- en recherche de maternité, 662
- en recherche de paternité, 662, 697, 663 s., 672 s.
- contestation de la filiation, 707 s.
- établissement de la filiation, 679 s., 682 s.

Accouchement sous X, 433, 650 s.

- action en recherche de maternité, 662
- rétractation, 565
- réversibilité du secret, 660

Adoption

- abandon, 590
- accès à l'information, 587 s.
- agrément, 430
- avocat, 582
- consentement du père naturel, 583
- coparentale, 769 s.
- délai raisonnable, 591
- enregistrement vidéo, 588
- famille d'accueil, 584
- homosexualité, 430
- internationale, 434, 727 s.
- *Kafala*, 779 s.,
- liens parents-enfants, 567
- mère porteuse, 434, 546
- participation des parents, 580, 583
- protection procédurale, 578 s.
- rétractation, 565

Âge, 5 s., 311, 603, 643

- seuil d'âge, 171 s.

Assistance éducative, v. *Placement de l'enfant*

Audition de l'enfant, 411 s., 417, 459, 527

Avocat, 183 s., 254, 582

Célérité (obligation de), 463, 469, 499, 701

Châtiments corporels, 339

Connaissance de ses origines, 646 s.

- accouchement sous X, 433, 650 s.
- action en recherche de maternité, 662
- enfant placé, 646
- expertise biologique, 663 s.
- expertise biologique *post-mortem*, 672 s.
- PMA, 664
- personne sous protection judiciaire, 671

Contestation de la paternité, 707 s.

Contradictoire (principe de), 456, 617

Convictions des parents

- droit à l'instruction, 80 s.
- droits parentaux, 444, 446
- placement de l'enfant, 453

Définition de l'enfant, 5 s.

Déplacement illicite d'enfants, 485 s.

- audition de l'enfant, 527
- célérité (principe de), 499, 503
- déplacement illicite (notion de), 491 s.
- exceptions au retour, 510 s.
- mesures coercitives, 507, 508
- obligation positive, 496, 505, 522
- préparatifs, 504
- principe du retour immédiat, 490 s.
- procès équitable, 502
- volonté de l'enfant, 526 s.

Détention, 231 s.

- garde à vue, 262,
- provisoire, 243
- peine, 255

Discrimination

- indirecte, 55
- intention, 218 s.

- orientation sexuelle, 430, 445, 454
- « positive », 71, 76
- vie familiale, 442 s.

Données à caractère personnel, 218

Droit à l'instruction, v. Education

Droit à un recours individuel, 12

Droits parentaux

- attribution, 441 s.
- audition de l'enfant, 459
- célérité (principe de), 463, 469
- contradictoire (principe de), 456
- croyances et religions, 444, 446, 453
- discrimination, 443
- expertise psychologique, 459
- mesures coercitives, 472
- orientation sexuelle, 445, 454
- père naturel, 447
- droits procéduraux, 456 s.
- droit de visite, 466 s., 569, 577
- restriction et suppression, 565 s., 575, 576
- volonté de l'enfant, 479 s.

Droits patrimoniaux, 643

Education

- activité scolaire, 95
- consentement des parents roms, 67
- convictions des parents, 80 et s.
- délivrance de diplômes, 53
- discrimination indirecte, 55 et s.
- discrimination positive, 76
- enfants étrangers, 52
- enfants roms, 54 et s.
- environnement scolaire, 95, 150
- frais de scolarité, 49
- gestion des ressources, 42 et s., 79
- gratuité, 49 et s.
- langue d'enseignement, 44, 53, 104 et s.
- obligation positive, 71 s.
- preuve de discrimination, 58
- programme scolaire, 94, 134 s.
- régularité de séjours, 46
- religieuse, 84, 87, 101, 112 et s.
- sanction disciplinaire, 130
- sélection 48
- sexuelle, 94, 99
- surveillée, 235

Enfant

- capacité évolutive, 8
- définition, 5 s.
- protection devant les juridictions internes, 16
- qualité de victime, 14
- représentation, 13, 376
- titulaires des droits de l'homme, 11

Enfant délinquant

- audience, 252
- avocat, 183 s., 254
- délai raisonnable, 247
- détention provisoire, 243
- divulgation d'identité, 214
- droit d'être aussitôt traduit devant un juge, 246
- données à caractère personnel, 218
- éducation surveillée, 235 s.
- enquête effective, 265 s.
- garde à vue, 262
- identité, 754
- participation à son procès, 174 s., 176, 260
- peine de détention, 255
- peine (nature de), 272
- peine (durée de), 276
- poursuite effective, 268
- procès équitable, 171 s.
- protection de l'intégrité physique, 261 s.
- protection de la liberté, 231 s.
- protection de la vie privée, 213 s., 753
- publicité des débats, 179
- recours, 253, 259
- responsabilité pénale, 172
- seuil d'âge, 171
- spécialité des juridictions, 195
- tribunal impartial, 198
- tribunal indépendant, 210

Enfant étranger

- accompagné, 292, 310, 323
- âge, 311
- droit au recours, 296 s.
- état de santé, 312
- isolé, 290, 307 s., 316 s.
- mauvais traitement, 302 s.
- obligation positive, 315 s.
- preuve de l'état de santé, 313
- rétention, 280 s.

Enfant victime des mauvais traitements

- actes interdits, 332 s.
- atteintes physiques et sexuelles, 336, 344
- châtiments corporels, 339
- école privée, 334
- effet horizontal, 332
- obligation positive, 342 s., 366 s., 547
- obligation positive de prévention, 346 s.
- protection pénale, 344, 345, 369, 371
- risque de mauvais traitement, 338
- souffrance mentale, 337
- viols, 341, 345

Enfant victime (protection procédurale de)

- accès au tribunal, 374
- action en responsabilité pour négligence, 384
- délai de prescription, 380 s.
- enquête effective, 401 s.
- enregistrement vidéo, 416

- participation au procès, 406 s.
- poursuite effective, 396
- preuve de viol, 397, 402
- protection pénale, 379, 396
- rapidité de l'enquête, 404
- recours effectif, 390
- représentation, 376
- témoignage de l'enfant, 411 s., 417

Enlèvement international d'enfant, v. *déplacement illicite d'enfants*

Enquête effective, 265 s., 401 s., 404

Enregistrement vidéo, 416, 588

Esclave domestique, 352 s.

Etranger

- délinquant, 620 s., 629
- éloignement, 610 s.
- parents, 613 s., 620 s.
- regroupement, 599 s.
- rétention, 280 s.

Expertise

- biologique, 663 s.
- biologique *post-mortem*, 672 s.
- psychologique, 459

Famille

- adoptive, 434, 484
- d'accueil 435, 465, 584
- étrangers, 593 s.
- évolution, 429
- fratrie, 435, 556
- grands-parents, 13, 571, 675
- homosexualité, 430
- naturelle, 447 s., 583
- oncle et tante, 13, 435
- vie familiale « existante », 431

Famille affective

- adoption coparentale, 769 s.
- adoption internationale, 434, 727 s.
- droit de fonder une famille, 784
- *Kafala*, 779 s.,
- mère porteuse, 741 s., 757 s., 758, 759
- subsidiarité (principe de), 768
- transsexualisme, 767

Famille des étrangers

, 593 s.

- âge de l'enfant, 603, 643
- contradictoire (principe de), 617
- éloignement, 610 s.
- éloignement des parents, 613 s., 620 s.
- enfant délinquant, 629
- obligation positive, 604
- obligation de réintégration, 635

- protection « par ricochet », 593
- regroupement familial, 599 s.
- souveraineté de l'Etat, 594

Filiation

, 677 s.

- action en recherche de paternité, 697
- autorisation préalable de la mère de l'enfant, 685
- célérité (principe de), 701
- contestation, 707 s.
- égalité, 679, 680, 714
- établissement, 679 s., 682 s.
- expertise biologique, 663 s.
- expertise biologique *post-mortem*, 672 s.
- obligation positive, 683, 698, 701
- prescription des actions, 702 s., 711
- volonté de l'enfant, 717 s.

Fratrie, 435, 556

GPA, v. *mère porteuse*

Mauvais traitements, 261, 272, 276, 302 s., 332 s.

Mère porteuse, 434, 546

Mesures coercitives, 472, 507, 508, 560

Nationalité, 643

Nom, 643

Obligation positive, 315 s., 342 s., 346 s., 366 s., 496, 505, 522, 547, 604, 683, 698, 701, 715,

Orientation sexuelle, 430, 445, 454

Placement de l'enfant

, 533 s.

- décision du placement, 537 s.
- mesures coercitives, 560
- modalités, 551 s.
- nécessité du placement, 541
- nouveau-né, 553
- obligation de placer l'enfant, 547
- obligation de réunir la famille, 557 s.
- obligation de surveillance, 563
- volonté de l'enfant, 561

Poursuite effective, 268, 396

Prescriptions, 380 s., 702 s., 711

Preuve

- discrimination indirecte, 58
- état de santé, 313
- viols, 397, 402

Qualité de victime, 14

Reconnaissance de la filiation, v. *Filiation*

Recours, 253, 259, 296 s., 390

- individuel, 12

- protection devant les juridictions internes, 16

Religion

- droits parentaux, 444, 446, 453

- droit à l'instruction, 80 s., 112 s.

- liberté, 1135

- signes religieux, 53, 113 s., 126, 150

- placement de l'enfant, 45

Représentation de l'enfant, 13, 376

Responsabilité pénale, 172

Rétention, v. *Enfant étranger*

Roms (enfants), 54 et s.

Seuil d'âge, 171

Signes religieux, v. *Religion*

Spécialité des juridictions, 195 s.

Transsexualisme, 767

Tribunal,

- impartial, 198

- indépendant, 210

Volonté de l'enfant, 4

Table des matières

Sommaire	9
Introduction	11
I. La définition de l'enfant	13
II. L'enfant titulaire des droits garantis par le Cour européenne des droits de l'homme	16
III. L'exigence d'une protection adaptée et spécifique	20
Première partie : La protection catégorielle des droits de l'enfant	29
Titre 1 : Le droit de l'enfant à l'instruction	33
Chapitre 1 : Les principes généraux relatifs au droit à l'instruction	37
Section 1 : Le droit d'accès à l'instruction	38
§ 1 : Le droit d'accès à l'instruction et la gestion des ressources de l'Etat	38
A. L'absence d'obligation de créer ou de subventionner un établissement scolaire	39
B. La possibilité d'imposer une sélection et des frais de scolarité	41
§ 2 : Le droit d'accès à une instruction de qualité	45
A. L'organisation de la scolarisation des enfants roms : une source de discrimination indirecte	46
1° Le déclenchement facilité du contrôle conventionnel de la discrimination indirecte dans le domaine de l'éducation	48
a. La discrimination révélée par des données statistiques	49
b. La discrimination révélée en absence de données statistiques	51
2° La justification difficile des mesures prises	52
a. Le constat de la discrimination indirecte résultant de l'absence de garanties entourant des mesures prises par les Etats	53
b. Le constat de la discrimination indirecte résultant de l'incohérence dans l'application de la politique éducative	55
B. L'imposition des obligations positives à la charge des Etats	57
1° L'obligation de mettre en place des garanties procédurales	58
2° L'obligation d'adopter des mesures de nature substantielle	60
Section 2 : La diffusion des connaissances	63
§ 1 : Le principe du droit au respect des convictions religieuses et philosophiques des parents	64
A. Les convictions à respecter	65
B. Le cadre de la mise en œuvre de l'obligation de respecter des convictions des parents	68
1° Le respect des convictions religieuses et philosophiques des	

parents dans les établissements d'enseignement privés	68
2° Le respect des convictions religieuses et philosophiques des parents dans les établissements d'enseignement publics	70
§ 2 : Les limites du droit au respect des convictions religieuses et philosophiques des parents	72
A. La subordination du droit des parents au respect de leurs convictions au droit fondamental de l'enfant à l'instruction	73
B. La maîtrise prioritaire de l'Etat dans l'organisation des programmes scolaires dans les établissements d'enseignement publics	75
1° La création des cours	76
2° Le choix de la diffusion des connaissances	79
Chapitre 2 : La place de la religion dans le milieu scolaire	83
Section 1 : La place de la religion dans le milieu scolaire et l'accès à l'instruction	83
§ 1 : La primauté de la politique laïque de l'Etat	85
A. Une large marge d'appréciation accordée aux Etats	86
B. La nécessaire sauvegarde du principe de laïcité	88
§ 2 : L'accès à l'instruction conditionné par la politique de l'Etat	91
A. La possibilité d'interdire le port des signes religieux dans le milieu scolaire	92
B. La validation des sanctions disciplinaires	95
Section 2 : La place de la religion dans le milieu scolaire et la diffusion des connaissances	97
§ 1 : La place de la religion dans le contenu de l'enseignement	97
A. La possibilité encadrée d'organiser les programmes scolaires en rapport avec la religion	99
1° Le contrôle du contenu des programmes scolaires	100
2° Le contrôle de la possibilité de dispense	103
B. L'enseignement religieux pluraliste favorisé	105
§ 2 : La place de la religion dans l'environnement scolaire	109
A. L'admission de l'exposition des signes religieux dans des salles de classe des écoles publiques	111
1° Une solution respectueuse de l'histoire et la tradition des Etats	111
2° L'absence d'endoctrinement dans la présence de crucifix dans des salles de classe	112
B. L'admission de l'exposition des signes religieux accompagnée des « preuves de tolérance »	115
Conclusion du Titre 1	121
Titre 2 : La protection de l'intégrité physique et de la liberté de l'enfant	125
Chapitre 1 : La protection de l'enfant délinquant	127
Section 1 : Le droit de l'enfant délinquant à un procès équitable	128
§ 1 : La participation de l'enfant délinquant à son procès	130
A. L'organisation d'une procédure adaptée	130
1° La participation réelle de l'enfant à son procès	130
2° La spécialisation des règles relatives à la publicité des débats	132
B. L'assistance indispensable d'un avocat	134
1° Le renforcement général du droit à l'assistance d'un avocat	135
2° La protection accrue du droit à l'assistance d'un avocat en raison	

de l'âge de l'accusé	138
§ 2 : L'aménagement des garanties procédurales liées au tribunal saisi	140
A. La spécialisation des juridictions	140
B. L'impartialité et l'indépendance des juridictions	141
1° Le droit au tribunal impartial	141
a. L'acceptation du cumul de fonctions d'instruction et de jugement	142
b. La limite du cumul de fonctions d'instruction et de jugement	144
2° Le droit à un tribunal indépendant	147
§ 3 : La protection de la vie privée de l'enfant délinquant	149
A. La divulgation de l'identité	149
B. La conservation et l'utilisation des données à caractère personnel	151
1° La conservation des données à caractère personnel : une ingérence dans la vie privée	153
2° L'utilisation des données à caractère personnel selon la pratique anglaise de fichage génétique : une ingérence non justifiée	154
Section 2 : La protection de la liberté et de l'intégrité physique de l'enfant délinquant	157
§ 1 : La protection de la liberté de l'enfant délinquant	158
A. L'enfant détenu pour son éducation surveillée	159
1° L'acceptation conditionnelle de la détention provisoire de l'enfant dans une maison d'arrêt	160
2° Le régime de l'éducation surveillée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme	162
B. L'enfant en détention provisoire	163
1° L'application à l'enfant délinquant des garanties prévues à l'article 5 § 3 de la Convention	164
2° L'application à l'enfant délinquant des garanties prévues à l'article 5 § 4 de la Convention	167
C. L'enfant détenu à l'issue de sa condamnation	168
§ 2 : La protection de l'intégrité physique de l'enfant délinquant	172
A. La protection contre les violences policières pendant la garde à vue	172
1° L'obligation substantielle	173
2° L'obligation procédurale	175
B. La protection de l'intégrité physique de l'enfant délinquant et l'application des peines	178
1° La forme de la peine	179
2° La durée de la peine	181
Chapitre 2 : La protection de l'enfant victime	185
Section 1 : La protection de l'enfant étranger dans le cadre du contrôle de l'immigration	185
§ 1 : La protection de la liberté de l'enfant étranger dans le cadre du contrôle de l'immigration	188
A. L'examen rigoureux de la régularité la rétention	189
1° L'exigence d'un régime adapté	190
2° La nécessaire adaptation des centres accueillant les enfants accompagnant leurs parents	191
B. L'exigence de l'efficacité des garanties prévues à l'article 5 § 4 de la Convention	194
1° Le problème de l'existence d'une voie de recours	194

2° Le problème de l'efficacité des recours	195
§ 2 : La protection de l'intégrité physique de l'enfant étranger dans le cadre du contrôle de l'immigration	196
A. L'exigence de protection liée à la situation personnelle de l'enfant	198
1° L'isolement de l'enfant	198
2° L'âge et l'état de santé de l'enfant	200
B. L'exigence de protection liée aux conditions de rétention	203
1° L'enfant isolé	203
a. Les obligations de l'Etat pendant la rétention de l'enfant	203
b. Les obligations de l'Etat pendant la période postérieure à la rétention	205
2° L'enfant accompagné de ses parents	207
Section 2 : La protection de l'enfant victime de mauvais traitements	210
§ 1 : La protection substantielle de l'enfant victime de mauvais traitements	211
A. La protection de l'enfant victime dans le cadre de l'article 3 de la Convention	211
1° Les actes interdits	211
2° L'obligation positive de protection	217
a. L'exigence d'une législation répressive efficace	218
b. L'obligation positive de prévention	219
B. L'extension de la protection de l'intégrité physique à l'article 4 de la Convention	223
1° L'actualisation de l'article 4 de la Convention	226
a. La requalification de la notion de « travail forcé »	226
b. La requalification de la notion de « servitude »	229
2° La transposition des obligations positives existantes à l'article 4 de la Convention	232
a. La reconnaissance de l'existence des obligations positives inhérentes à l'article 4 de la Convention	232
b. Les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme	233
§ 2 : La protection procédurale de l'enfant victime de mauvais traitements	235
A. L'aménagement du droit d'accès au tribunal	236
1° L'organisation de la représentation de l'enfant victime	236
2° Le délai de prescription de l'action civile	238
3° La possibilité d'agir contre la négligence des services sociaux	240
a. L'absence de violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de l'impossibilité d'agir contre les services sociaux	240
b. L'action plus efficace sur le fondement de l'article 13 de la Convention	242
B. L'obligation de procéder à des poursuites et enquêtes effectives en cas d'allégations de viols et violences sexuelles	245
1° L'obligation d'engager des poursuites pénales effectives	245
2° L'obligation de mener une enquête effective	248
C. L'aménagement de la participation de l'enfant victime à son procès	251
1° L'absence de droit absolu d'obtenir la comparution de l'enfant victime devant le tribunal	252
2° L'obligation d'accorder à l'accusé une occasion de contester le	

témoinage de l'enfant	254
Conclusion du Titre 2	259
Conclusion de la première partie	263
Deuxième partie : La protection substantielle des droits de l'enfant par le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre du droit au respect de la vie familiale	267
Titre 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant et la protection des relations parents-enfants	269
Chapitre 1 : La protection des relations parents-enfants après une séparation parentale	275
Section 1 : L'organisation de la séparation parentale dans l'intérêt supérieur de l'enfant	275
§ 1 : L'attribution des droits parentaux	276
A. La protection substantielle dans le cadre de l'attribution des droits parentaux	276
1° L'interdiction de l'inégalité de traitement dans l'attribution des droits parentaux	276
a. Des motifs discriminatoires	277
b. Le statut du couple parental	279
2° L'acceptation de l'inégalité de traitement dans l'attribution des droits parentaux dans l'intérêt de l'enfant	282
B. La protection procédurale dans le cadre de l'attribution des droits parentaux	284
1° La protection des droits procéduraux des parents	285
2° L'obligation particulière de diligence	287
§ 2 : L'exécution du droit de visite du parent non hébergeant	289
A. L'obligation positive en vue de garantir l'effectivité de l'exécution du droit de visite du parent non hébergeant	290
1° Le recours aux mesures coercitives	291
2° Le recours aux mesures de médiation	293
B. L'opposition de l'enfant à l'exécution du droit de visite de son parent	294
Section 2 : L'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre du déplacement illicite	298
§ 1 : L'obligation de retour immédiat	300
A. L'applicabilité de la Convention de la Haye	300
B. Les obligations positives	303
§ 2 : L'appréciation des exceptions au retour	309
A. Le non-retour motivé par l'existence d'un « risque grave »	311
1° L'obligation d'apprécier l'opportunité du retour	312
2° L'encadrement strictement procédural de l'appréciation des exceptions au retour	315
B. Le non-retour motivé par la volonté de l'enfant	318
1° L'audition de l'enfant	318
2° La prise en compte de la volonté de l'enfant	319
Chapitre 2 : L'ingérence de l'Etat dans les relations parents-enfants	323
Section 1 : La protection de l'enfant contre ses parents	323
§ 1 : La protection substantielle dans le cadre de la protection de l'enfant contre ses parents	324
A. Le placement de l'enfant	324
1° La prise de décision du placement	325

a. La nécessité de placer l'enfant	326
b. L'obligation de placer l'enfant	329
2° Les modalités d'exécution des décisions du placement	331
3° La fin de la mesure du placement	334
B. L'adoption de l'enfant	339
C. La restriction et la suppression des droits parentaux	341
1° La restriction et la suppression du droit de visite	341
2° La déchéance de l'autorité parentale	343
§ 2 : La protection procédurale dans le cadre de la protection de l'enfant contre ses parents	345
A. L'association des parents au processus décisionnel	346
B. L'accès des parents aux informations	349
C. Le respect du délai raisonnable	350
Section 2 : Le maintien des relations parents-enfants face à la politique d'immigration	352
§ 1 : Le regroupement familial	355
A. La jurisprudence antérieure : le strict refus de regroupement familial en faveur de l'enfant	355
B. L'assouplissement de la jurisprudence en faveur de l'enfant	357
§ 2 : L'éloignement des étrangers	361
A. L'éloignement des étrangers parents d'un enfant	361
1° L'éloignement des parents en séjour irrégulier	362
2° L'éloignement des parents délinquants	365
a. La jurisprudence antérieure	366
b. La jurisprudence actuelle	369
B. L'éloignement de l'enfant délinquant	371
1° L'appréciation du caractère non violent des infractions juvéniles	372
2° L'obligation de faciliter l'intégration de l'enfant dans la société	374
Conclusion du Titre 1	377
Titre 2 : L'intérêt supérieur de l'enfant et le rattachement de l'enfant à sa famille	379
Chapitre 1 : Le rattachement de l'enfant à sa famille biologique	383
Section 1 : La connaissance de ses origines	383
§ 1 : L'accès au secret de l'enfant né sous X	386
A. La détermination de la marge d'appréciation de l'Etat	386
B. La précision des obligations positives	390
1° L'accès aux informations	391
2° La réversibilité du secret	393
§ 2 : L'accès à l'expertise biologique	395
A. L'accès à l'expertise biologique face au refus du père biologique présumé	396
B. L'accès à l'expertise biologique <i>post-mortem</i>	400
Section 2 : La filiation	404
§ 1 : L'établissement de la filiation	404
A. L'établissement de la filiation paternelle par le père biologique	405
1° L'enfant n'ayant pas de filiation légale établie	405
2° L'enfant ayant une filiation légale établie	407
a. L'obligation positive originaire d'établir la filiation biologique en cas de concordance entre la réalité biologique et la réalité	

sociale	408
b. L'absence postérieure d'obligation positive d'établir la filiation biologique en cas de concordance entre la réalité biologique et la réalité sociale	411
B. L'établissement de la filiation paternelle par l'enfant	416
1° La résolution rapide de la question de la paternité	417
2° La prescription des actions en matière d'établissement de la filiation	419
§ 2 : La contestation de la filiation	421
A. Le moment de la découverte de la vérité	422
1° Les contestations admises	422
2° Les contestations refusées	424
B. L'obtention d'une nouvelle preuve après l'expiration du délai	425
1° L'accord de l'enfant à se soumettre au test ADN	426
2° Le refus de l'enfant de se soumettre au test ADN	427
Chapitre 2 : Le rattachement de l'enfant à sa famille affective	431
Section 1 : La reconnaissance des liens de filiation légalement établis à l'étranger	432
§ 1 : La reconnaissance de la filiation de l'enfant dans le cadre de l'adoption internationale	433
A. L'appréciation concrète de la réalité sociale	435
B. L'appréciation de la « qualité » de l'interdiction	438
§ 2 : La reconnaissance de la filiation de l'enfant né à l'issue de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger	441
A. L'équilibre entre le respect de la politique de l'Etat sur la gestation pour autrui et la protection de la filiation de l'enfant	443
1° Le respect de la politique de l'Etat sur la gestation pour autrui	444
2° L'exigence de protection de la filiation de l'enfant issu de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger	447
B. Une amélioration partielle de la protection de la filiation de l'enfant issu de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger	449
1° L'obligation d'établir la filiation biologique	449
2° L'interrogation sur l'établissement de la filiation de la mère d'intention	452
Section 2 : La consécration du lien de filiation en l'absence de tout lien de parenté	455
§ 1 : L'adoption coparentale dans un couple homosexuel	456
A. Le raisonnement axé sur la non-discrimination entre les parents en fonction de leur orientation sexuelle	458
1° L'existence de la différence de traitement	459
a. L'incomparabilité de la situation des couples homosexuels non mariés avec les couples hétérosexuels mariés	459
b. La possible existence de la différence de traitement entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels non mariés	461
2° La justification de la différence de traitement	463
a. La recherche d'équilibre délicat entre la préservation de la famille traditionnelle et les droits des minorités sexuelles	464
b. L'étroite marge d'appréciation de l'Etat	466
B. L'interrogation sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant	468

1° L'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dépendant des choix des Etats	469
2° La confusion entre la parenté et la parentalité	471
§ 2 : L'adoption de l'enfant issu de la <i>kafala</i>	473
A. L'absence d'obligation de transformer la <i>kafala</i> en adoption	475
B. L'exigence d'une prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant	477
1° Une rare appréciation <i>in abstracto</i> de l'intérêt supérieur de l'enfant	477
2° L'intérêt concret de l'enfant non consacré	478
Conclusion du Titre 2	483
Conclusion de la deuxième partie	487
Conclusion générale	491
Bibliographie	503
I. Ouvrages généraux	503
II. Thèses	504
III. Articles, études, chroniques, notes, observations	504
IV. Bibliographie thématique	505
1. Sur le droit à l'instruction	505
1.1. Ouvrages	505
1.2. Articles, études, chroniques, notes, observations	505
1.3. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	506
1.4. Jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme	509
2. Sur la protection de la liberté et de l'intégrité de l'enfant	510
2.1. Ouvrages	510
2.2. Articles, études, chroniques, notes, observations	510
2.3. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	511
3. Sur la protection de la relation parents-enfants	516
3.1. Articles, Etudes, Chroniques, Notes, observations	516
3.2. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	519
3.3. Jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme	528
3.4. Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne	528
4. Sur le rattachement de l'enfant à sa famille	528
4.1. Articles, études, chroniques, notes, observations	528
4.2. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	530
Index alphabétique	535
Table des matières	539