

# AMOUR ET CEDH



## Colloque de la 10<sup>ème</sup> édition du concours Habeas Corpus

Organisé par

L'Association pour la Promotion Interuniversitaire des Droits de l'Homme (APIDH)

Sous la direction scientifique du Professeur DOUMBE-BILLE

Le 14 avril 2016 à Lyon



## Sommaire

Propos introductifs : « L'Amour, le Droit et la Convention européenne des droits de l'homme », par Fanny VASSEUR-LAMBRY.....	<b>3</b>
Regard pluridisciplinaire - L'amour, le droit et le cinéma, Casque d'or et le mariage d'amour, par Nathalie GOEDERT.....	<b>11</b>
Droit, amour et liberté : l'union homosexuelle, par les conseillers juridiques des équipes des universités de Lyon 3, Limoges et Tours.....	<b>26</b>
L'amour en prison par David SCHOTS.....	<b>32</b>
L'amour platonique au cœur d'un débat juridique : la protection animale par les conseillers juridiques des équipes de l'IEJ Lyon et de l'université de Cergy.....	<b>38</b>
Le « vivre ensemble » dans la jurisprudence de la CEDH en rapport avec le pluralisme religieux par Gérard GONZALEZ.....	<b>60</b>
Les limites juridiques à l'amour par les conseillers juridiques des équipes des universités de Lille, Artois, et Aix Marseille.....	<b>66</b>
Propos conclusifs par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS.....	<b>76</b>

**Propos introductifs :**  
**« L'Amour, le Droit et la Convention européenne des droits de l'homme »**

**Par Fanny Vasseur-Lambry**

**Maître de conférences en droit privé – HDR**

**Directrice du CDEP (EA 2471) Université d'Artois**

Le thème de l'amour étudié à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme peut apparaître comme étant quelque peu déconcertant, le mot amour ne faisant l'objet d'une consécration dans aucun texte juridique, que ce soit la Convention européenne des droits de l'homme ou même le code civil. Et pourtant, l'amour est à la base de nombreuses relations sociales ; il transcende la famille, le couple, les individus, à la fois source de joie, de bonheur mais aussi de douleur, de rupture, voire de haine. Parfois, il peut bouleverser un certain ordre bien établi, bousculer la morale, questionner l'éthique et la déontologie. Le droit pourra être saisi de certaines de ces situations, mettant alors en lumière les différents sens qui peuvent être assignés au mot amour.

L'amour se définit classiquement comme un sentiment d'attraction, affective ou physique, qu'en raison d'une certaine affinité, une personne éprouve pour une autre personne à laquelle elle est déjà unie ou souhaite être unie<sup>1</sup>. Au sein de la famille, on parlera d'amour filial, d'amour maternel, paternel lorsqu'existe un sentiment d'affection, d'attachement ou de tendresse entre les membres d'une famille. Mais l'amour n'a pas pour seul objet une personne. L'amour désigne également un mouvement de dévotion qui porte un être vers une divinité, vers une entité idéalisée d'où l'expression par exemple : « Pour l'amour de Dieu ». Enfin, l'amour se manifeste aussi par un intérêt ou goût très vif exprimé par quelqu'un pour une catégorie de choses, pour telle source de plaisir ou de satisfaction « l'amour de l'art, l'amour du jeu, l'amour de l'argent ».

Si l'amour apparaît spontanément comme une affaire privée relevant de la sphère de l'intime, l'amour intéresse la sphère publique. En tant que régulateur de la vie en société, le

---

<sup>1</sup> Dictionnaire Larousse.

droit se doit d'appréhender ce sentiment parfois profond, passionné, déraisonnable, dangereux, imprévisible, voire destructeur. Mais la tâche n'est pas toujours aisée.

Un professeur en disponibilité doit-il être sanctionné pour être parvenu à soustraire de la prostitution une jeune femme moldave dont il était tombé amoureux? Sur le plan pénal, le professeur certifié d'anglais a été condamné pour aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier d'un étranger en France ainsi que pour aide, assistance et protection de la prostitution d'autrui. Mis à la retraite d'office par la ministre de l'éducation nationale, trois ans après la condamnation pénale, en raison de l'atteinte portée à l'honneur et à la réputation du corps des enseignants, il a demandé et obtenu du juge administratif l'annulation de cette sanction et sa réintégration<sup>1</sup>.

Peut-on par amour ôter la vie à une personne, à son enfant atteint d'une maladie grave et incurable qui serait en fin de vie pour lui assurer une mort digne, une fin de vie dans la compassion ? Aux yeux de la loi la réponse est non et les parents risquent de répondre de leur acte devant une cour d'assises. Bien qu'interdite à l'article 38 du code de déontologie médicale et condamnée par le Code pénal au titre soit de l'homicide volontaire, soit de l'assassinat, soit de la non-assistance à personne en danger, l'euthanasie se révèle être une question sociale, philosophique, éthique, voire politique qui interpelle tant le juge que le législateur<sup>2</sup> et qui ne peut laisser indifférent.

Un conjoint peut-il donner un organe par amour à son compagnon de vie qui est en attente d'une greffe ? Si un tel geste est aujourd'hui possible, il aura fallu attendre la loi bioéthique du 6 août 2004 pour que le conjoint soit enfin considéré comme un donneur à part entière<sup>3</sup>. Finalement, la dernière révision des lois bioéthiques en date du 7 juillet 2011 élargit ostensiblement le cercle des donneurs à toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur<sup>4</sup>. Le triomphe de l'amour dans ce domaine se doit d'être modeste car il s'explique en grande partie par des considérations de santé publique liées à la pénurie de greffons<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> CAA de Marseille, 10 novembre 2009, *AJFP*, 2010, p.94.

<sup>2</sup> VASSEUR-LAMBRY (F), « Fin de vie, dignité et droits de l'homme », *in mél. en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrétien, 2012, p.380.

<sup>3</sup> Avant la loi du 6 août 2004, il ne pouvait être donneur qu'en cas d'urgence.

<sup>4</sup> Article L. 1231-1 du code de la santé publique.

<sup>5</sup> Il manque plus de 12 000 greffons chaque année en France : [http://www.francetvinfo.fr/replay-radio/le-plus-france-info/don-d-organes-il-manque-plus-de-12-000-greffons-chaque-annee-en-france\\_1744437.html](http://www.francetvinfo.fr/replay-radio/le-plus-france-info/don-d-organes-il-manque-plus-de-12-000-greffons-chaque-annee-en-france_1744437.html)

Enfin, que penser d'une femme sous-officier de la gendarmerie travaillant au Fort de Rosny-sous-Bois qui filait le parfait amour avec un djihadiste proche du responsable de la tuerie du supermarché Kasher à Vincennes en janvier 2015 ? D'abord suspendue en février, elle est finalement révoquée en septembre 2015, soupçonnée d'avoir transmis des informations au complice du terroriste<sup>1</sup>.

Tout l'intérêt du sujet « Amour et Droit », pour le moins original et transversal, voire toute sa difficulté est d'appréhender tous les aspects, toutes les conséquences juridiques de l'amour dans une société en pleine mutation, où l'on assiste depuis maintenant plusieurs décennies, selon une expression empruntée au Doyen CARBONNIER, à une « pulvérisation des droits subjectifs »<sup>2</sup>, tels que le droit au mariage, le droit à la retraite, le droit d'accéder aux soins, le droit à la présomption d'innocence etc. L'amour ne semble pas avoir échappé à ce phénomène « d'exaltation du droit subjectif »<sup>3</sup>, à en croire le romancier Milan KUNDERA : « Le monde est devenu un droit de l'homme et tout s'est mué en droit : le désir d'amour en droit à l'amour... »<sup>4</sup>.

Mais ce droit à l'amour existe-t-il vraiment ? Fait-il l'objet d'une consécration par le droit objectif lui offrant *in fine* une protection par le juge national et subsidiairement par la Cour européenne des droits de l'homme ? Dans l'affirmative, un tel droit est-il absolu ? Comporte-t-il des limites assignées par la protection d'autrui, de l'ordre public ? Au regard des faits du cas pratique de la 10<sup>ème</sup> édition du concours de *l'Habeas Corpus* et de la jurisprudence tant nationale qu'euro-péenne, il est permis d'avancer que le droit à l'amour existe, mais qu'il est loin d'être absolu.

### ***L'existence d'un droit à l'amour.***

Le droit à l'amour est une réalité, il en existe plusieurs déclinaisons, plusieurs manifestations dans notre droit de la famille. Certes, ce sentiment relève de la sphère personnelle, mais un individu peut vouloir que l'amour qu'il porte à une autre personne soit reconnu, consacré, respecté, voire le cas échéant protégé contre les immixtions des tiers ou de l'Etat. Force est de reconnaître que le couple apparaît comme le théâtre idéal des relations droit et amour.

---

<sup>1</sup><http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/09/29/01016-20150929ARTFIG00141-une-gendarme-soupconnee-d-avoir-aide-un-proche-d-amedy-coulibaly-revoquee.php>

<sup>2</sup> CARBONNIER (C), *Droit et Passion sous la V<sup>o</sup> République*, Champs Flammarion, 1996, p. 121-126.

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 122.

<sup>4</sup> KUNDERA (M), *L'immortalité*, Gallimard, 1990, p.166.

L'amour apparaît plus que jamais comme le ciment du couple conjugal. Il existe aujourd'hui en droit français trois modalités de vie en couple (que l'on soit hétérosexuel ou homosexuel), trois manières de symboliser l'Amour aux yeux de la société. Ainsi, le mariage permet la consécration juridique et sociale la plus aboutie du couple ainsi formé. Il reste, malgré la concurrence subie par les deux autres modes de conjugalité, l'institution phare du droit de la famille. Le Pacs permet une organisation des rapports patrimoniaux entre les partenaires, alors que le concubinage repose sur le principe de l'union libre, l'amour libre de tout engagement au regard de la loi.

Depuis l'adoption du code civil en 1804, l'image juridique du couple a évolué non seulement sous le poids de l'évolution des mœurs et de la société, mais aussi grâce à l'influence des droits fondamentaux<sup>1</sup>. Dans son principe, si le mariage demeure une institution gouvernée par son corpus de règles, il apparaît avant tout aujourd'hui comme une affaire d'amour et non une affaire de famille, de raison ou d'argent. Le droit consacre la liberté de se marier ou non et avec le partenaire de son choix ! A la dimension institutionnelle du mariage s'ajoute naturellement la dimension contractuelle car le mariage est aussi un engagement conclu entre deux individus qui se sont choisis. En substance, le mariage est un droit individuel et fondamental qui suppose une « intention matrimoniale » au sens de l'article 146 du code civil. C'est en effet par le prisme de cette intention matrimoniale que le législateur peut interdire un mariage ou que le juge va pouvoir remettre en cause un mariage sans amour.

Dans cette logique, le législateur français a introduit un dispositif permettant de lutter contre les mariages de complaisance, c'est-à-dire contractés dans le seul but d'obtenir un avantage lié au mariage. L'officier de l'état civil et le procureur de la République sont en quelque sorte investi du pouvoir de déjouer de tels mariages dès lors qu'il existe des indices sérieux laissant présumer l'absence d'intention matrimoniale<sup>2</sup>. Par ailleurs, la loi du 5 août 2013 a introduit un nouveau délit punissant de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le fait, dans le but de contraindre une personne à contracter un mariage ou à conclure une union à l'étranger, d'user à son égard de tromperies afin de la déterminer à quitter le territoire de la République<sup>3</sup>. Cette interdiction du mariage forcé est affirmée au plan européen dans la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la

---

<sup>1</sup> VASSEUR-LAMBRY (F), *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. L'Harmattan, 2000, p.522.

<sup>2</sup> Articles 63 et 175-2 du code civil.

<sup>3</sup> Article 222-14-4 du code pénal.

violence à l'égard des femmes et la violence domestique, appelée Convention d'Istanbul<sup>1</sup>. La réalité des sentiments amoureux est ainsi protégée par le droit et l'absence de tout sentiment amoureux est également sanctionnée par le droit.

Dans ces conditions, les juges auraient le pouvoir de remettre en cause, d'annuler un mariage « faute d'amour ». Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 19 décembre 1992 illustre indirectement un tel pouvoir. En l'espèce, le mariage a été annulé au motif que l'épouse avait convolé en justes noces pour l'amour de l'argent (la recherche du confort matériel) et non de son conjoint à qui elle ne s'était offerte qu'à l'occasion de leur nuit de noces. Appréciant le contexte pour le moins très particulier de cette union et se gardant bien de se fonder sur l'absence d'amour de la part de Madame, les juges du fond ont annulé le mariage sur le fondement de l'article 146 et donc sur le défaut d'intention matrimoniale<sup>2</sup>. La Cour de cassation approuve cette décision observant que l'épouse « était animée par une intention de lucre et de cupidité, n'ayant pour but que d'appréhender le patrimoine de Philippe Y...., afin d'assurer son avenir et de celui de son fils qu'elle avait eu avec un tiers »<sup>3</sup>. Une telle motivation, révélant une certaine prudence de la part des juges, se comprend au regard de la difficulté qui consisterait pour les juges à devoir, tel un expert, sonder les cœurs.

A l'inverse, les juges peuvent-ils remettre en cause un mariage pourtant basé sur l'Amour au motif qu'il contrevient aux prescriptions légales ? Tel est l'exemple du mariage contracté entre un beau-père et sa bru pourtant frappé d'un empêchement à mariage édicté à l'article 164 du code civil. Alors que les juges du fond avait annulé un tel mariage<sup>4</sup>, la première chambre civile de la Cour de cassation a, au contraire, jugé que le prononcé de la nullité du mariage unissant un beau-père et sa bru revêtait le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect de la privée et familiale (article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme) de l'épouse dès lors que l'union a été célébrée sans opposition et qu'elle a durée plus de vingt ans. A l'occasion de ce contrôle de conventionalité, nul doute que la Cour de cassation se soit inspirée de l'affaire B. et L. contre

<sup>1</sup> Convention d'Istanbul, Conseil de l'Europe, 12 avril 2012, article 32.

<sup>2</sup> Dans un arrêt du 8 juillet 2015, la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion affirme que l'absence d'amour dans le mariage, invoqué par l'époux, n'est pas une faute, constituant une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune. La Cour ajoute également que l'« amour n'est pas une condition préalable au mariage » : CA Saint-Denis de la Réunion, ch. Fam., 8 juillet 2015, n°14/01303, n°15/515 : JurisData n°2015-020779.

<sup>3</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2012, *Bulletin*, 2012, I, n°267 ; NAUDIN (E), « Parlez-moi d'amour », *D.* 2013, p. 1117. V. également, DESGORGES (R), « Le romantisme de la Cour de cassation », *LPA*, 10 mars 2004, n°50, p. 19.

<sup>4</sup> CA Chambéry, 21 juin 2012.

le Royaume-Uni rendu le 13 septembre 2005. Si à l'instar de la Cour européenne, la Cour de cassation a justifié sa solution en raison des circonstances de fait particulières à l'espèce, prenant même la peine de publier un communiqué relatif à son arrêt, pour certains auteurs, il est permis de s'interroger sur la portée de cet arrêt<sup>1</sup>. Quoiqu'il en soit, l'amour a gagné, les protagonistes ont pu opposer leur union à la société.

### ***Les limites au droit à l'amour.***

Pour autant, le droit à l'amour est loin d'être un droit absolu. Par principe, un individu ne peut par sa seule volonté, son seul désir imposer une situation, une revendication qui, dans l'ordre juridique, porterait atteinte à des intérêts considérés comme « supérieurs ».

Aussi puissant soit-il, l'Amour ne peut justifier la revendication d'un quelconque droit à l'enfant, même si « mère nature » peut se montrer injuste envers ceux qui rêvent de mener à bien un projet parental. Si la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu le droit de procréer à l'occasion de l'arrêt Dickson<sup>2</sup>, s'agissant d'un détenu et de son épouse, il n'en va pas de même pour une femme seule qui souhaite se voir réimplanter les embryons fécondés in vitro alors que ex-partenaire de vie ne souhaite pas poursuivre ce projet parental. Dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation (AMP), les Etats se sont vu reconnaître dans les arrêts Evans contre RU<sup>3</sup> et S. et H. contre Autriche<sup>4</sup> une large marge nationale d'appréciation. En droit français, l'AMP est destinée à pallier l'infertilité pathologique médicalement constatée d'un couple hétérosexuel en âge de procréer<sup>5</sup>. Le législateur n'a pas souhaité consacrer une procréation « alternative » pour convenance personnelle. Dans l'esprit de la loi française, l'enfant demeure le « fruit de l'amour » entre un homme et une femme.

---

<sup>1</sup> BINET (J), « Maman a épousé papy avec la bénédiction de la Cour de cassation », *Dr. Fam.* n°1, janvier 2014, comm. 1.

<sup>2</sup> CEDH, Grande chambre, Dickson c. Royaume-Uni, 4 décembre 2007, §66 : « La Cour estime que l'article 8 est applicable aux griefs des requérants en ce que le refus de l'insémination artificielle concerne leur vie privée et familiale, ces notions incluant le droit au respect de leur décision de devenir parents génétiques... »

<sup>3</sup> CEDH Grande chambre, Evans c. Royaume-Uni, 10 avril 2007, §81.

<sup>4</sup> CEDH, Grande chambre, S. et H. c. Autriche, §115.

<sup>5</sup> Article L.2141-2 du Code de la santé publique :

« L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple.

Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité.

L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation ».

Dans un tout autre registre, il peut être compliqué, voire dangereux pour une personne exerçant des fonctions publiques, ayant une vie publique d'entretenir des relations amoureuses avec certaines personnes dès lors qu'il peut y avoir conflit d'intérêts, corruption, trafic d'influence etc. La Cour européenne des droits de l'homme considère comme légitime de soumettre les membres de la fonction publique ou les magistrats, en raison de leur statut, à une obligation de réserve au regard de l'article 10 de la Convention ou de discrétion dans l'expression publiques de leurs convictions religieuses, au regard de l'article 9. Ces principes s'appliquent *mutatis mutandis* à l'article 8 de la Convention<sup>1</sup>. Par conséquent, les devoirs déontologiques d'un magistrat peuvent empiéter sur sa vie privée, lorsque par son comportement, fût-il privé, le magistrat porte atteinte à l'image ou à la réputation de l'institution judiciaire. Toutefois, la Cour européenne se doit d'opérer un contrôle de proportionnalité, c'est-à-dire qu'en tenant compte des circonstances de chaque affaire, elle doit rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental de l'individu au respect de sa vie privée et l'intérêt légitime d'un Etat démocratique à veiller à ce que sa fonction publique œuvre aux fins énoncées au §2 de l'article 8. La déontologie permet ainsi de poser des limites juridiques à l'amour.

En droit français, les liaisons dangereuses peuvent également avoir des conséquences délétères pour la carrière des hommes de loi qui sont « passés de l'autre côté du miroir ». On se souviendra par exemple de *l'affaire Philippe Le Friant*, ancien juge d'instruction, révoqué par le Conseil supérieur de la magistrature pour avoir eu une relation avec une prostituée et avoir ainsi porté atteinte à l'honneur de la magistrature<sup>2</sup>. Plus récemment, l'ex-directeur de la prison de Versailles a été condamné à deux ans de prison dont un an ferme, pour avoir entretenu dans l'enceinte de la prison une liaison avec une jeune femme condamnée pour avoir joué le rôle d'appât du « gang des barbares » dans le meurtre d'Ilan Halimi en 2006<sup>3</sup>.

Telle la morale d'une fable, ces amours défendus nous conduisent à penser qu'il ne faudrait surtout pas mélanger l'amour et le travail. Mais un tel précepte n'est pas en soi réaliste car une fois que le dieu Cupidon a planté sa flèche, c'est la passion qui s'installe. Mais cette passion peut être contrariée par le droit au nom de la protection

---

<sup>1</sup> CEDH, Özpınar contre Turquie, 19 octobre 2010 ; N. Hervieu, « Vie privée des magistrats et déontologie : misogynie à part, des citoyens pas tout à fait comme les autres (CEDH 19 octobre 2010, Özpınar c. Turquie) », CPDH, 23 octobre 2010.

<sup>2</sup> [http://www.liberation.fr/portrait/1998/11/20/philippe-le-friant-50-ans-juge-revoque-car-trop-proche-des-prostituees-il-est-en-greve-de-la-faim-po\\_251472](http://www.liberation.fr/portrait/1998/11/20/philippe-le-friant-50-ans-juge-revoque-car-trop-proche-des-prostituees-il-est-en-greve-de-la-faim-po_251472)

<sup>3</sup> [http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/02/15/gang-des-barbares-un-an-ferme-requis-contre-l-ex-directeur-de-prison\\_1643846\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/02/15/gang-des-barbares-un-an-ferme-requis-contre-l-ex-directeur-de-prison_1643846_3224.html)



d'intérêts supérieurs comme par exemple la confiance et le respect que la fonction de magistrat doit inspirer aux justiciables. Force est de reconnaître qu'on ne peut pas faire la loi au Dieu de l'Amour ; le droit fait avec<sup>1</sup>, qu'il s'agisse du droit interne ou du droit conventionnel des droits de l'homme.

---

<sup>1</sup> RADÉ (C), « Amour et travail : retour sur un drôle de ménage », *Droit social*, 2010, p. 35.

## Amour, droit et cinéma : *Casque d'or*<sup>1</sup> et le mariage d'amour

Par Nathalie Goedert

Université Paris Sud-OMIJ<sup>2</sup>

En félicitant les organisateurs de cette manifestation pour l'audace de ce beau sujet, je me demande tout de même s'il n'y a pas quelque provocation de leur part à m'inviter à ouvrir ce colloque en évoquant de but en blanc, un ménage à trois : l'amour, le droit ... et le cinéma ? Ménage d'autant plus conflictuel qu'il fait la part belle à un couple depuis longtemps uni et que rien ne semble pouvoir séparer, l'amour et le cinéma, couple dans lequel un intrus vient s'immiscer. Que vient donc faire le droit dans cette idylle ?

### *Un ménage à trois : Amour, Droit et Cinéma.*

Il est vrai qu'amour et droit qui s'étaient longtemps ignorés, au titre d'une indifférence de principe, car le droit qui pose des règles stables et durables n'a que faire de la fragilité et de l'inconstance des passions<sup>3</sup>, semblent s'être timidement rapprochés au cours des dernières années, au point que les observateurs, avertis depuis les travaux de Jacqueline et Alain Pousson sur l'affection et le droit<sup>4</sup> reconnaissent, pour filer la métaphore amoureuse, qu'ils « se fréquentent ». Je ne vais pas ici reprendre les étapes de ce rapprochement, ni en analyser les causes, je pense que la suite des interventions nous éclairera largement sur ce point. Mais reconnaissons que d'une manière générale, le sentiment a fait céder les portes du droit et que dans bien des domaines, la demande de droit se fonde aujourd'hui sur l'existence de liens

---

<sup>1</sup> Film de Jacques BECKER, 1952.

<sup>2</sup> Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques, Université de Limoges EA3177.

<sup>3</sup> On se souvient de Paul Claudel : « Le droit est l'ennemi de l'affection ».

<sup>4</sup> POUSSON (J) et POUSSON (A), *L'affection et le droit*, éd. du CNRS, 1990 : « Les sentiments ont fait timidement leur entrée dans la vision juridique de la famille. D'une manière générale, les réformes du code civil vont dans le sens d'une prise en compte du caractère concret des relations qui s'établissent entre les individus ». Le thème avait été, dès les années 1937, soulevé par SAVATIER (R), qui constatait dans *Le droit, l'amour et la liberté* que : « jamais Cupidon n'a conduit aussi souvent qu'aujourd'hui à Thémis » (SAVATIER (R), *Le droit, l'amour et la liberté*, 2<sup>e</sup> éd, LGDJ, 1963). Le doyen Savatier cède pourtant à la tendance de son époque et croit parler d'amour quand il parle de famille et de mariage.

d'affection qui exigent d'être reconnus et protégés par le droit ; au point que le sentiment semble désormais dicter l'évolution juridique.

Les relations du droit et du cinéma sont en revanche plus complexes et il nous appartient, en introduction, de les examiner. Elles semblent en effet marquées par une incompréhension mutuelle, mais surtout par un déséquilibre : car tandis que l'un tente le rapprochement, le second détourne encore son regard ...

Voilà bien longtemps que le cinéma est séduit par le droit. Il le fut d'abord à travers les grands procès judiciaires, qui offrent de belles intrigues dont le public est friand, et donc accessoirement aussi de gros revenus. Mais la juridicité ne se limite pas à la représentation de la justice. Toute question sociale, qui par ailleurs fait aussi le miel des réalisateurs, possède une dimension juridique. Que le cinéaste décide ou non de donner explicitement un traitement juridique à la question soulevée, le droit est de fait convoqué à l'écran, dans le champ ou « hors champ ». Qu'il s'agisse des rapports professionnels, des représentations du pouvoir, des questions familiales, il n'est pas rare de rencontrer, au-delà de la simple approche sociologique, la négociation d'un licenciement voire d'un contrat de travail, d'entrer dans les arcanes d'une succession, de mesurer les effets du mariage ou de sa rupture. S'il est vrai que ces thèmes sont rarement traités sous l'angle juridique pur, et qu'un film n'a pas vocation à se substituer à un cours de droit, certains réalisateurs cherchent cependant à s'inscrire dans un environnement juridique vraisemblable, voire à en rendre précisément compte. Le fonctionnement de nos institutions intéresse assurément les cinéastes qui avouent pour certains leur passion pour le droit, allant jusqu'à espérer parfois faire changer les choses, provoquer une prise de conscience, susciter une réforme juridique par un film plaidoyer<sup>1</sup>.

Malgré ses efforts, le cinéma, amant éconduit, semble laisser les juristes de marbre. Certes ceux-ci sont volontiers cinéphiles et se plaisent parfois à citer une référence cinématographique (le plus souvent en s'excusant de leur légèreté) pour illustrer une question de droit. Le cinéma vient, comme une image, au secours d'un concept : veut-on évoquer par exemple, le passage de l'Etat de nature à l'Etat de droit, on aura recours au western qui

---

<sup>1</sup> Des films récents comme *Quai d'Orsay* de Bertrand TAVERNIER (2013), ou *L'exercice de l'Etat* de Pierre SCHOELLER (2013) explorent sans folklore les rouages internes de nos ministères. Dans un tout autre genre, *Hippocrate* de Thomas LILTI (2014) décrit le système de santé et les questions éthiques et juridiques auxquelles les soignants se confrontent (fin de vie, responsabilité médicale). Philippe LOIRET va plus loin encore avec *Welcome* (2009) puisqu'il avoue lors de la promotion du film que c'est en découvrant qu'il existait en France un délit de solidarité qu'il a imaginé un scénario propre à le dénoncer. On pense enfin à WISEMAN qui, préférant la force démonstrative des images à tout commentaire, pour mettre en lumière les règles, explicites et tacites, qui régissent les institutions les plus diverses, a délaissé la toge du professeur de droit qu'il était pour la caméra du documentariste qu'il est devenu.

condamne la loi du plus fort et l'usage anarchique des armes pour mieux défendre la légitimité de rapports organisés sur le droit ; *L'homme qui tua Liberty Valance*<sup>1</sup> de John Ford est à cet égard édifiant. On reste ici toutefois dans le domaine de l'illustration et de la pédagogie. Mais s'il est sérieusement question de science juridique et de recherche universitaire, le juriste ne songe pas au cinéma. Elevé au rang de 7<sup>e</sup> art, il reste, pour la plupart d'entre eux, un divertissement.

Voilà pourtant longtemps que le cinéma est devenu un objet d'études pour les sciences sociales : la philosophie, la sociologie, l'histoire se sont saisies du cinéma<sup>2</sup>. Mais le droit, de ce côté de l'Atlantique du moins, résiste. Ce matériau, non juridique par nature, peut pourtant servir la recherche juridique. Dès lors en effet que le cinéma offre une représentation du droit, il mérite d'être étudié, non seulement comme source d'iconographie juridique, puisqu'il utilise des signes visuels du droit, ce que la sémiotique appelle signifiant, qu'il importe de savoir reconnaître et inventorier, mais aussi au titre de l'iconologie juridique qui, au-delà de l'identification du signifiant, s'attache à découvrir le signifié<sup>3</sup>. En d'autres termes, l'image cinématographique nous indique non seulement comment le droit est visuellement représenté au cinéma, à l'aide de quels objets, de quelles mises en scène, de quels artifices, et au-delà de ces signes visuels, elle nous permet d'approcher le discours juridique porté par le film, c'est à dire par l'image autant sinon plus que par le scénario ou l'intrigue que l'on peut alors considérer comme un simple support d'expression.

Loin de n'être qu'un divertissement innocent ou futile, l'image cinématographique est alors riche d'enseignement. Non seulement elle permet de montrer le droit, dans un processus d'illustration-explication : c'est la dimension pédagogique de l'image que nous venons rapidement d'évoquer, et l'utilité du cinéma n'est plus ici à démontrer, par exemple concernant la démocratisation de l'image de la justice. Mais encore, elle révèle la part profane

---

<sup>1</sup> Film de John Ford, 1962.

<sup>2</sup> Dans des courants conduits respectivement par Gilles DELEUZE, Edgard MORIN, Marc FERRO, pour ne citer que les pionniers. DELEUZE (G), *L'image mouvement*, éd. de Minuit, 1983 et *L'image-temps*, éd. de Minuit, 1988 ; MORIN (E), *Le cinéma ou l'homme imaginaire. Essai d'anthropologie*, Paris, éd. de Minuit, 1956 ; FERRO (M), *Cinéma et histoire*, Gallimard, 1993.

<sup>3</sup> TEXIER (P), « Enoncer le droit en système coutumier, A propos du traitement iconologique du juge dans le Vieux coutumier de Poitou », *Le droit en représentation*, GOEDERT (N) et MAILLARD (N), dir. Mare et Martin, A paraître : « Les juristes sont peu habitués à traiter les sources figurées et lorsqu'ils le font, c'est souvent à la manière de Hans FEHR. C'est lui qui, dès 1923, avait posé les premiers jalons de l'iconographie juridique, discipline que l'on pourrait définir comme la reconnaissance des formes ayant une signification juridique. Mais, hormis en matière d'emblématique judiciaire, rares sont ceux qui abordent la question à travers l'iconologie juridique, dont l'objet dépasse la reconnaissance des formes signifiantes pour l'analyse des signifiés ».

de la connaissance juridique. A savoir, cette culture<sup>1</sup> juridique diffuse qui, bien plus que la lettre de la loi ou du règlement, dicte nos comportements et assure la tranquillité de la vie sociale. Culture juridique diffuse qui mérite l'attention du juriste, puisqu'elle révèle le droit vivant qui, chacun le sait, n'est pas toujours l'exacte réplique de la règle savante et technique. On s'amuse, dans les milieux du barreau, de ces jeunes délinquants qui, croyant se plier au rituel judiciaire, s'adressent solennellement au juge en disant « Votre honneur ». Dans une démarche un peu simpliste ou du moins non aboutie, on en déduit l'influence des séries américaines sur la jeunesse française ; pourtant cet indice anodin invite à la relecture de la confrontation judiciaire. Si l'on admet que le délinquant calque en partie, et souvent inconsciemment, son comportement sur celui de son héros de série TV, des conclusions s'imposent. Cette forme d'héroïsation modifie évidemment le jeu judiciaire. Quelle est la part du personnage –flic, juge ou délinquant- qui occulte celle de la fonction et de ses attributs ? La symbolique du droit, si nécessaire au fonctionnement institutionnel, ne se déplace-t-elle pas imperceptiblement sous l'effet de la projection ? Pour un fonctionnement satisfaisant de la Justice, ces questions ne sauraient être occultées. Et il appartient aux chercheurs en droit de s'en saisir, avec autant de sérieux que des questions doctrinales.

L'image cinématographique rend compte de la culture juridique autant qu'elle contribue à la façonner. Elle nous offre un regard spécifique sur le droit qui complète utilement la connaissance juridique. C'est ce pari qui dirige nos travaux<sup>2</sup> destinés à promouvoir l'analyse juridique de l'image cinématographique, à savoir une discipline qui emprunte à l'analyse filmique et au droit, leurs outils et leurs méthodes, puis les croise afin de tirer des conclusions juridiques à partir des images, souvent non juridiques projetées dans les salles obscures.

Discipline embryonnaire, l'analyse juridique de l'image cinématographique mérite quelques précisions méthodologiques.

La démarche, empruntée aux sémioticiens, repose sur la méthode indicielle. Au-delà de l'intrigue, du sujet, du scénario et même des dialogues, l'analyse juridique du film suppose de chercher dans l'image cinématographique, les indices du droit. Certains s'imposent avec

---

<sup>1</sup> Nous reprenons pour l'appliquer au droit, la définition de Tzvedan TODOROV donne de la culture : La culture « c'est la connaissance d'un certain nombre de codes du comportement et la capacité de s'en servir », la culture juridique est donc « la connaissance d'un certain nombre de codes du comportement juridique et la capacité de s'en servir » ; TORODOV (T), *Les abus de la mémoire*, Seuil, 2015, p. 21.

<sup>2</sup> Les carnets de recherche en analyse juridique de l'image, IMAJ (<http://www.imaj.hypotheses.org>), rendent compte de l'essentiel de ces travaux.

évidence, dès lors que le film sollicite un lieu du droit<sup>1</sup>, un acteur du droit<sup>2</sup>, un objet du droit<sup>3</sup>, montre une situation juridique<sup>4</sup> ou fait explicitement référence à un article de loi<sup>5</sup>. D'autres indices sont moins immédiatement lisibles mais n'en sont pas moins intéressants ; nous en ferons la démonstration dans un instant.

Peu importe dans cette approche que l'indice retenu soit l'exacte représentation de la règle de droit. Car l'analyse juridique de l'image ne s'en tient pas à la caractérisation du vrai et du faux. Bien au contraire, c'est dans l'écart entre la connaissance savante que nous avons du droit et l'image qui en est rendue au cinéma que réside tout l'intérêt de l'exercice. Peu importe que la représentation soit conforme à la règle de droit existante. Le cinéma propose au juriste un droit vécu, incarné voire fantasmé. On y voit les lieux du droit habités, les usages juridiques pratiqués, des principes contextualisés. Dans une perspective qui est celle de la sociologie du droit, le cinéma donne à voir un phénomène juridique. En tant que spectateur, le juriste au cinéma se trouve dans une position d'extériorité qui lui permet d'observer alors le droit dans la société vivante et non exclusivement au niveau de la lettre de la règle, qui n'est au demeurant qu'un mode d'expression, parmi d'autres, de l'art juridique. Le cinéma, sans le verbaliser nécessairement, sans l'explicitier, montre toute la complexité des liens juridiques vécus, et particulièrement la part du sentiment qui infléchit la nature et la portée juridiques des actes.

Il faut enfin se garder de généraliser. Un film n'exprime pas la culture juridique commune, il est une expression artistique, personnelle à son auteur, qui rend en partie compte de cette culture juridique diffuse que nous cherchons à saisir. Seules des études sérielles -qui sont loin encore d'être réalisées tant on manque de monographies- devraient permettre de dessiner des mouvements généraux.

---

<sup>1</sup> Par exemple, le Conseil d'Etat dans *Cherchez Hortense* de BONITZER (P) (2012). Consulter GOEDERT (N) « Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon époux », autorité paternelle et puissance publique dans *Cherchez Hortense* de P. Bonitzer », *La famille au cinéma, La famille au cinéma, Regards juridiques et esthétiques*, éd. Mare et Martin, 2016.

<sup>2</sup> Par exemple, le notaire dans *Incendies* de VILLENEUVE (D) (2010), ou plus récemment dans *Belles familles* de RAPPENEAU (J-P) (2015).

<sup>3</sup> Un code civil par exemple (MAILLARD (N), "Un code rouge à l'écran... La représentation de la loi dans Le Havre de Aki Kaurismaki," publié sur *IMAJ*, le 29/06/2014. Lien : <https://imaj.hypotheses.org/338>.)

<sup>4</sup> Les conséquences du décès du parent légal dans une famille recomposée (dans *Ceux qui restent*, film de LE NY (A) (2007))

<sup>5</sup> Dans le film *Versailles* de SCHOELLER (P) (2008) Guillaume DEPARDIEU fait explicitement référence à l'article L ; 262-1 du code de l'action sociale en vigueur au moment du tournage, qu'il cite exactement (GOEDERT (N), « L'enfant trouvé, l'enfant « de nulle part » : exclusion sociale et secret des origines dans *Versailles*, film de Pierre Schoeller », *Les secrets du droit, secret, droit et cinéma*, Actes du colloque des 5-6 avril 2013, Série Ciné-Droit, Presses universitaires de Sceaux, Ed. L'Harmattan, 2014)

C'est aussi la raison pour laquelle, loin de prétendre à une synthèse, il nous a semblé préférable d'appréhender l'audacieux sujet à partir d'un exemple qui, tel un exercice, un cas pratique, permettra d'expérimenter la méthode de l'analyse juridique des images cinématographiques tout en révélant le lien complexe qui unit le sentiment à la règle. Interrogeons grâce au cinéma, le postulat largement répandu dans nos sociétés occidentales<sup>1</sup>, au point de constituer désormais le fer de lance des réformes, selon lequel le mariage serait l'Institution de l'amour<sup>2</sup>. Le sentiment en effet subordonne aujourd'hui largement le droit matrimonial<sup>3</sup>. Mais amour et mariage font-ils bon ménage ?

### ***Au cinéma, Amour et Mariage font-ils bon ménage ?***

Pour illustrer le propos, observons une scène tirée d'un chef d'œuvre du cinéma français, *Casque d'or*, film de Jacques Becker<sup>4</sup>, tourné en 1952. Sans argument doctrinal, sans parole explicite, elle semble par le seul pouvoir de l'image sublimer le mariage d'amour et ainsi confirmer une pensée tenue pour classique selon laquelle le mariage serait ontologiquement la consécration du sentiment amoureux<sup>5</sup>.

### **La séquence du mariage dans *Casque d'or***

L'histoire se déroule à la Belle époque et évoque une rivalité amoureuse au sein d'une bande de voyous, les *Apaches* de Belleville. Manda, honnête Charpentier se laisse entraîner dans une rixe au cours de laquelle il tue le souteneur de Marie, fille de petite vertu dont il est aimé et amoureux. Celle-ci l'aide à trouver une planque à Joinville où elle le rejoint. Rien ne sépare plus alors les tourtereaux qui, encore éblouis du bonheur de leur première nuit, se promènent au village. Passant devant l'église, Marie entend de la musique et entre en entraînant Manda. C'est un mariage.

---

<sup>1</sup> On rappellera que le Doyen Carbonnier considérait la famille comme « le lieu premier des affections » ; CARBONNIER (J), *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ.

<sup>2</sup> TERRE (F), « Le mariage religieux en droit français », *Mariage civil et mariage canonique*, Ed. Téqui, 1985, p. 52 : « Le mariage n'est-il pas une institutionnalisation de l'amour ? ».

<sup>3</sup> L'amour devenant le fondement du mariage, rien n'empêche alors de réformer l'institution. La loi française relative au mariage pour tous, du 17 mai 2013 n'a pas d'autre justification que la consécration de l'amour.

<sup>4</sup> Sur l'œuvre globale de ce réalisateur on consultera VEY (J-L), *Jacques Becker ou la fausse évidence*, éd. Aléas, 1995 et VIGNAUX (V), *Jacques Becker ou l'exercice de la liberté*, Ed. du Céfal, 2000.

<sup>5</sup> Signalons que la scène choisie contient peu de dialogues ce qui permet de se consacrer scrupuleusement à la narration iconique.

Si minutieuse qu'elle soit, la description de la séquence sélectionnée n'épargne pas au lecteur un effort d'imagination et de représentation<sup>1</sup> ; elle est toutefois nécessaire à l'analyse. En moins de deux minutes, Jacques Becker s'exprime en trois mouvements. Le premier commence par un gros plan sur Manda et Marie qui entrent dans l'église. Marie relève, tel un voile, son châle sur ses cheveux ; dans un geste embarrassé, qui montre qu'il n'est pas familier des églises même s'il en connaît les usages, Manda se découvre. Se tenant par le bras, ils avancent côte à côte, au rythme de la musique sacrée, le regard tendu vers l'autel. Seuls quelques pas suffisent à rendre cette marche solennelle. Dans un second mouvement, la caméra quitte le couple pour montrer en quelques plans rapides et successifs, tels des tableaux figés, l'assistance, de dos, qui se lève, le prêtre et les enfants de cœur, de dos aussi qui s'affairent derrière l'autel, la chorale constituée de trois bigotes en chapeautés qui ânonnent un sinistre *kyrie eleison* au son de l'harmonium, la famille d'un des conjoints, cette fois de face, mines austères et tristes, regards fermés, puis enfin, un gros plan sur le couple des mariés. Engoncés dans les cols serrés et montants des habits de mariage, le gros plan révèle deux visages sans expression. Tout semble déjà séparer les époux. Des corps, côte à côte, mais pourtant figés dans une rigidité conventionnelle ; des regards vides, absents presque tournés vers l'intérieur ; des bouches irréductiblement fermées. Fondamentalement tragique, l'image de ces deux solitudes, qui dit l'impasse du mariage conventionnel, ferait presque sourire tant, dans sa forme, le portrait du couple paraît caricatural. L'opposition n'en est que plus forte quand la caméra, dans un troisième mouvement, s'attarde enfin sur les visages de Marie et Manda restés au fond de l'église. Le contraste est saisissant et l'image remarquablement construite qui passe comme pour les effacer, sur les visages tristes et austères du couple, devenu par ce procédé pratiquement invisible, tandis qu'elle s'arrête sur le rayonnement lumineux des deux amants. Eux aussi côte à côte, dans une inversion de places destinée à renforcer l'opposition, ils semblent étroitement unis ; leurs corps se touchent, leurs regards convergent, même l'inclinaison de leur tête semble les rapprocher. La flamme dans les yeux de Marie n'a d'égale que la douceur dans ceux de Manda. Le sentiment crève l'écran. Et au mutisme des premiers s'oppose la parole des seconds. « Tu m'aimes Manda ? » interroge Marie. L'embarras de l'ouvrier anticlérical fait place à l'émotion. Pour toute réponse, ce taiseux presse légèrement le bras de sa compagne, avec un sourire qui en dit long, avant qu'un dernier plan montre l'assemblée qui se rassoit, signe que la cérémonie est finie. C'est alors Manda qui entraîne Marie hors de l'église.

---

<sup>1</sup> On renvoie bien évidemment le lecteur au film disponible en DVD.

On peut s'étonner du choix de cette séquence, sans intérêt apparent, pour illustrer les rapports complexes du mariage et de l'amour tels que le cinéma peut les évoquer. D'une part, parce que cette scène, très courte, peut presque passer inaperçue, tant elle semble de prime abord ne rien apporter de déterminant à l'intrigue. D'autre part, parce qu'elle ne fait à aucun moment explicitement référence au droit.

Pourtant cette « séquence du mariage » se situe très exactement à l'apogée de l'intrigue et précède immédiatement le basculement dans le drame, articulant un avant et un après, puisque c'est précisément à la sortie de l'église que Manda apprend l'arrestation de son ami Raymond, accusé du crime qu'il a commis, et qu'il décide de se rendre, renonçant irrémédiablement à son bonheur tout neuf. Ainsi, sa place dans le film autant que ce que l'on sait du travail de Jacques Becker, réalisateur esthète et précis, qui ne laisse rien au hasard et que l'on ne saurait soupçonner de faire du remplissage, nous incite à penser qu'elle a du sens et nous invite à rechercher au-delà du signifiant, le discours porté par l'image.

Or, le sens ne fait ici aucun doute. A la sortie de l'église, dans l'esprit du public, qu'il en soit conscient ou non, Marie et Manda sont mariés. Par le miracle de la condensation du propos que permet le cinéma, à l'issue de cette séquence, Marie a changé de statut. Elle n'est plus une prostituée qui passe d'homme en homme, elle est devenue une épouse. Ce qui change nécessairement le regard du public sur le reste de l'intrigue qui verra en elle la veuve de Manda et donne sa grandeur au drame. En parallèle, quand Manda se rend, il ne renonce pas au bonheur éphémère d'une relation amoureuse sans lendemain, mais à celui, durable et salvateur, pour l'un comme pour l'autre, d'un amour sublimé par le mariage. La relation sexuelle de Marie et de Manda est légitimée par ce mariage *a posteriori* (n'est-ce pas là d'ailleurs l'un des premiers objets du mariage ?). Par suite, la vengeance de Manda contre Leca qui abuse sexuellement de Marie, comme d'une prostituée, passe elle aussi pour juste et légitime.

C'est donc étonnamment à un double mariage que Jacques Becker convie son public. Le mariage officiel du premier plan et celui de Marie et de Manda qui se déroule au fond de l'église. Le second étant de loin le plus important ; le premier n'ayant pas d'autre intérêt que de soutenir, par un effet miroir, une critique sociale, chère à Jacques Becker<sup>1</sup>. En plaçant ainsi deux couples que tout oppose dans le même espace – l'église-, le réalisateur inscrit dans une

---

<sup>1</sup> Sur cette question lire : GOEDERT (N), « Les solidarités « hors la loi » dans les films de Jacques Becker », *Les espaces de solidarité, La famille, l'Etat, l'Europe et le monde*, sous la dir. Burt Kasparian, *PUR*, 2015, pp. 269-280.

même image, intensifiant la dimension réflexive, deux conceptions divergentes du mariage. La disposition des corps (unis/séparés), la place dans l'espace (devant/derrière), les couleurs (voile blanc/châle noir) et jusqu'à l'inversion de la place des époux dans les deux gros plans successifs, tout concourt à marquer l'opposition entre le mariage conventionnel et le mariage d'amour. Par la seule force des images, et sans aucun dialogue explicite<sup>1</sup>, Jacques Becker condamne sans état d'âme le mariage de l'ordre bourgeois, qui exige renonciation et enfermement -et auquel Manda a échappé en quittant l'atelier où il était en même temps apprenti et promis<sup>2</sup>-, assujettissement qui sollicite la complicité de toutes les forces sociales institutionnalisées –représentées par les plans courts décrits plus haut : famille, église, société- et marque nettement sa préférence pour le second, en accentuant le contraste. On passe sans nuance, et par la seule force des images, du froid au chaud, du laid au beau, de l'éteint à la lumière, de la tristesse à la félicité, du ridicule au sublime, de la mort à la vie.

### **Image a-juridique ou image juridique ?**

On peut dès lors s'étonner que Becker, pour représenter le mariage, ait recours à une image a-juridique, essentiellement religieuse. Car en 1930, date à laquelle se déroule l'intrigue, le mariage est déjà un acte civil qui répond à des règles de formes précises qui conditionnent sa validité<sup>3</sup>. On objectera que, pour des raisons évidentes de cohérence du scénario, Manda, qui est en cavale, ne pouvait se présenter avec Marie devant l'officier d'Etat civil. Et l'analyse juridique ne doit jamais écarter ces considérations scénaristiques dans l'interprétation des images. Mais la façon dont le réalisateur détourne l'obstacle est éclairante. Car pour faire passer son message qui n'est pas seulement « Manda et Marie s'aiment » mais « Manda et Marie se marient », Jacques Becker, tel un dessinateur qui en quelques traits dresse un schéma, emprunte les codes visuels symboliques que tous vont facilement décrypter, serait-ce au mépris de la vérité juridique. Pour signifier le juridique, à savoir, le mariage et ses effets, Jacques Becker recourt à un signifiant, apparemment non juridique et

---

<sup>1</sup> Mais le *kyrie* qui dans la liturgie chrétienne fait partie de la préparation pénitentielle est éloquent !

<sup>2</sup> La représentation de la famille d'adoption de Manda donne lieu à deux séquences très brèves et redoutablement éloquentes. Un déjeuner familial dans un intérieur étriqué et sombre, sans joie, sans fantaisie, sans parole -qui contraste avec l'ensevelissement des (trop !) rares moments partagés avec Casque d'Or-. Puis surtout une confrontation entre Marie, l'amante et la fiancée officielle qui d'ailleurs n'a pas de nom. Marie est venue rendre visite à Manda. Elle l'attend à l'extérieur de la boutique et celui-ci quitte la table pour la rejoindre dans la rue. Alors que Manda et Marie échangent un premier baiser, la fiancée vient réclamer ce qui lui revient : « Georges, on est encore à table, tu sais ! ». Puis se tournant vers Marie : « Il vous a p'têt pas dit qu'il était fiancé ? ». Marie, dont la beauté est sublimée par l'amour cède pourtant devant le visage austère du devoir, celui d'une femme bardée de la légitimité que lui confère l'institution matrimoniale, et s'en retourne.

<sup>3</sup> C'est la constitution de 1791 qui pose le principe de la laïcité du mariage dans son Titre II, art. 7 : « *La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil* ». La loi du 20-22 septembre 1792, puis surtout le code civil de 1804 posent pour l'essentiel les règles du mariage civil, confirmant une laïcité qui ne sera plus jamais discutée.

essentiellement symbolique : un voile, une église, un couple côte à côte. Et c'est précisément cet écart qui nous intéresse.

Becker emprunte ici au fond de culture populaire forgée par une longue histoire. Culture populaire qui voit dans le mariage moins un acte juridique -ce qu'il est pourtant depuis l'origine, car du point de vue anthropologique, il n'y a rien de plus universel et ancien que la nécessité de réglementer les unions- qu'une consécration de l'amour. Loin du droit matrimonial et des considérations sociales, familiales, patrimoniales qui l'ont construit, c'est l'amour seul ici qui justifie l'union de Marie et de Manda, au point semble-t-il d'occulter le juridique. Et Jacques Becker semble tout simplement rendre compte de la pensée la plus commune en offrant une représentation a-juridique du mariage.

Mais l'absence de droit dans l'image, est un leurre. Car l'historien du droit reconnaît clairement à l'écran, la représentation d'un mariage canonique ; c'est à dire d'un mariage répondant en tout point aux exigences du droit canonique.

Longtemps en effet l'Eglise a eu, en France, l'exclusivité du droit matrimonial<sup>1</sup>. Après avoir été d'abord une affaire privée, traitée surtout par les pères de famille, le mariage, élevé au rang de sacrement, est devenu au Moyen-Age, le monopole de l'Eglise. C'est elle qui en décrète les règles et les fait appliquer dans les tribunaux ecclésiastiques qui sont seuls à connaître des causes matrimoniales. Dans le royaume de France, très chrétien, le droit matrimonial est un droit exclusivement religieux<sup>2</sup>. Fruit d'une lente maturation historique, le droit canonique avait établi sa réglementation du mariage au XIIe siècle, quand inspiré des travaux de Pierre Lombard<sup>3</sup>, le Pape Alexandre III consacrait dans une de ses décrétales<sup>4</sup> que le mariage se formait par le seul consentement des époux<sup>5</sup>. L'échange des consentements, en famille, à l'Eglise ou dans le secret, créait un lien matrimonial qui devenait indissoluble par la consommation<sup>6</sup>. Parfaitement libérale, cette absence de tout formalisme contraignant était toutefois de nature à encourager les mariages clandestins. Interdisant tout contrôle et

---

<sup>1</sup> La bibliographie sur la question est abondante. Nous nous contenterons de renvoyer aux ouvrages fondamentaux d'Adhémar EISMEIN, *Le mariage en droit canonique*, 2<sup>e</sup> éd. mise à jour par GENESTAL (R), t.1, Sirey, 1929 et de GAUDEMET (J), *Sociétés et mariage*, Cerdic Publications, 1980.

<sup>2</sup> La première étape de la sécularisation du mariage se produit en 1787 quand Louis XVI, dans un décret du mois de novembre décrète que "les non-catholiques pourront contracter des mariages ... qui auront tous les effets civils à l'égard soit des parties qui les auront faits, soit des enfants qui en seront issus".

<sup>3</sup> Tandis que le décret de Gratien de 1144 expose encore que le mariage se forme par la *desposatio* et la *commixtio sexus*, Pierre Lombard, dès 1152, réduit tout au seul consentement.

<sup>4</sup> En 1176, le pape Alexandre III reconnaît officiellement et adopte la théorie consensuelle du mariage telle que Pierre LOMBARD l'a exposée.

<sup>5</sup> Sous réserve bien sûr des empêchements à mariage.

<sup>6</sup> Ce qui, dans le film, rend d'autant plus éloquent le silence des époux du premier rang.

favorisant par suite, bigamie, inceste, ou mésalliances, cette clandestinité constituait une source de trouble pour l'ordre public. C'est dans l'espoir de la combattre que l'Eglise imagine alors une solution audacieuse, qui devait lui permettre de contrôler les unions sans pour autant renoncer au caractère consensuel du mariage. Le mariage « in facie ecclesiae », cérémonie inventée et orchestrée par l'Eglise, invite les futurs époux à se présenter devant un prêtre, accompagnés de témoins, afin d'échanger librement leur consentement. Sans effet sur la validité du lien matrimonial –qui reste liée au seul échange des consentements- ce rituel vise à entourer l'engagement matrimonial d'une solennité nouvelle, plus en accord avec sa nature sacramentale, mais plus encore à en faciliter la preuve ultérieure. Le concile de Latran<sup>1</sup> décrète donc dans ses canons que le mariage se déroule devant un prêtre –ou devant l'autel-, en présence de témoins. Mais ni l'une ni l'autre de ses conditions n'entachent la validité de l'acte. Le rituel est recommandé mais facultatif. Seul l'échange des consentements forme le mariage et détermine sa validité. Ce n'est qu'à l'issue de concile de Trente, quelques siècles plus tard<sup>2</sup>, que l'Eglise, pour répondre à la pression sociale – car on sait que l'ordre social dépend de l'ordre des familles- s'écarte du consensualisme initial et rend obligatoire la présence du prêtre qui reçoit le consentement des époux ainsi que la présence des témoins.

Revenons dès lors aux images. Marie et Manda se présentent devant un prêtre ; ils avancent vers l'autel dans ce qui ressemble étrangement à une marche nuptiale. L'assemblée –les témoins- se lève, comme pour accueillir les époux et manifeste ainsi sa reconnaissance. La caméra, sans autre raison que d'attester de leur présence, montre alors le prêtre et les parents. Les conditions du mariage sont réunies. Et tandis que les époux de paille restent muets, c'est le consentement de Marie et de Manda que l'on entend et que l'on voit. Voilà qui suffit à faire mariage.

Jacques Becker a ainsi réuni dans l'image – le sait-il seulement ?- tous les éléments nécessaires à la validité de l'engagement matrimonial de Marie et Manda. Pour l'anecdote, on rajoutera que leur position au fond de l'église rappelle à l'historien une autre pratique matrimoniale. De celles qui révèlent que le droit ne saurait être considéré sans que soit également étudiées les conditions de son application et que les esprits inventifs cèdent rarement devant des règles trop rigoureuses, qu'ils s'appliquent à assouplir. En effet, les canons rigoureux du concile de Trente visaient à mettre fin aux mariages conclus sans le consentement des parents. Dès lors, des jeunes gens amoureux, dont les parents contrariaient

---

<sup>1</sup> IVe Concile de Latran, 1215.

<sup>2</sup> Concile de Trente 1545-1563

les projets pratiquaient les mariages par surprise<sup>1</sup>. Dans la mesure où le droit canonique exigeait que les consentements soient échangés en présence de témoins et devant un prêtre, ils se rendaient à l'église, un jour de mariage, et du fond de la nef, criaient publiquement leur consentement. Ce mariage *in facie ecclesiae* pouvait ne pas convenir parents des époux, ceux-ci étaient valablement et indissolublement mariés ! Mariage par surprise qui incontestablement marque la victoire du sentiment amoureux sur le droit.

C'est précisément là que nous voulons en venir. Car pour consacrer l'amour qui unit Marie et Manda –car le sentiment ne suffit pas aux besoins du scénario, à la grandeur du drame-, Becker choisit le modèle du mariage canonique. On croit alors entendre Loysel : « Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble, mais il faut que l'Eglise y passe<sup>2</sup> ». L'image que nous avons d'abord considérée comme a-juridique, se révèle au contraire très juridique, mais parfaitement anachronique. 150 ans auparavant, Marie et Manda auraient été légitimement mariés. Mais en 1930, ce rituel n'a aucune validité et ne peut produire aucun effet. C'est pourtant l'image que Jacques Becker exploite. Tentons d'expliquer l'anachronisme.

En remontant ainsi à la source, en évoquant le mariage canonique, pluriséculaire, Jacques Becker veut croire –ou faire croire ?- que l'amour est le fondement du mariage, et que les conventions sociales de la société bourgeoise dans laquelle il vit encore en 1952 et qu'il transpose à la Belle-époque, qui dénaturent l'essence même de l'union matrimoniale, ne sont qu'une anomalie de l'histoire. Par cette représentation, qui confond amour et droit canonique, Becker donne au mariage d'amour une longévité ... usurpée.

Pourtant, si aujourd'hui tout mariage, en occident du moins, se revendique comme un acte d'amour réel ou supposé -nul n'oserait en effet affirmer haut et fort qu'il se marie pour des considérations financières<sup>3</sup> ou sous la pression familiale-, on ne trouve rien de tel dans le passé. Longtemps amour et mariage ont suivi des chemins séparés. Car le mariage canonique de l'ancien droit, qui entoure de tant de soins et de puissance le consentement des époux, n'a rien à voir juridiquement avec un mariage d'amour -au sens sentimental, car au sens

---

<sup>1</sup> DEMARS-SION (V), « L'amour astucieux : les mariages par surprise dans le ressort de l'officialité de Cambrai au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Mariage-Mariages*, sous dir. BONTEMPS (C), PUF, 2001.

<sup>2</sup> LOYSEL (A), *Institutes coutumières*, 1607.

<sup>3</sup> A l'exception de concubins depuis longtemps unis, qui souvent pour des raisons fiscales ou des considérations de pensions de retraite consentent à un mariage longtemps refusé. Mais l'amour qu'ils se portent, faute de justifier leur mariage justifie leur union.

sacramental la chose peut se discuter<sup>1</sup>-. Le consentement n'est pas le sentiment. Consentir, ne signifie pas, pour les canonistes, choisir librement l'élu de son cœur. Historiquement, l'expression du consentement a longtemps consisté à accepter, par piété filiale, le promis désigné par la famille. A ce sujet, le film de Bertrand Tavernier, *La princesse de Montpensier* (2010) donne une représentation très réaliste du mariage de l'ancien droit. La fille consent, certes, devant le prêtre, mais elle a pour cela été préalablement battue par son père qui a conclu seul, et pour les intérêts de la famille, le mariage de sa fille. A l'issue de la sécularisation du mariage, le code civil lui-même, qui en 1804 exige le consentement des parents au mariage des enfants et en fait, ce qu'il n'était pas dans l'ancien droit, une condition de validité du mariage, est loin de voir dans ce contrat-institution, la consécration d'un sentiment. Le mariage reste ce qu'il était : une exigence sociale et politique de premier ordre. L'essentiel du changement étant qu'il passe du contrôle de l'Eglise au contrôle de l'Etat.

L'utilisation étonnante de cette représentation du mariage canonique, exclusivement consensuel pour illustrer la consécration du mariage d'amour est un raccourci de notre histoire juridique, qui n'est pourtant pas sans lien avec la vérité. C'est en effet le droit canonique qui, en donnant une importance essentielle au consentement des époux, - importance qu'il n'avait pas auparavant car on se préoccupait assez peu de savoir si les époux consentaient ou non, dans un processus matrimonial qui engageait des familles parfois même avant la naissances des promis- permet l'avènement d'une nouvelle donnée juridique : le couple qui consent<sup>2</sup> ! Et c'est à partir du couple que le sentiment prend de l'importance. Car en s'émancipant des stratégies familiales qui commandaient les mariages, les époux ne trouvent de justification à leur union que dans le sentiment réciproque qu'ils se portent. L'évolution transforme le consentement-acceptation d'un choix opéré par les parents en choix individuel et sentimental. Absent du fait matrimonial, ou au mieux secondaire, le sentiment amoureux a progressivement envahi le juridique, d'abord en l'occultant, comme l'exprime la culture populaire dont Jacques Becker rend compte, avant que le sentiment n'en vienne, comme aujourd'hui, à dicter le droit.

---

<sup>1</sup> Voir sur ce point BETHERY DE LA BROUSSE (A), *Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVIe-XXIe siècles)*, LGDJ, 2011.

<sup>2</sup> Cette réalité juridique du couple, qui naît de l'exigence du consentement, est à distinguer de la nécessité biologique de former couple pour se reproduire. Longtemps la notion de couple sera juridiquement absorbée, englobée dans le mariage avant de s'en émanciper. On pourra consulter sur cette question : BRUNETTI-PONS (C), « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD Civ*, Janvier-mars 1999, p. 27-49 et du même auteur, *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998.

Ce n'est donc que très progressivement, sous l'effet de l'individualisme d'une part - dont Becker rappelons-le est un fervent défenseur- mais surtout au terme d'une politique familiale qui tend à imposer, contre les grandes familles qui menacent la puissance de l'Etat, le modèle nucléaire de la famille, réduit au couple et ses enfants, plus aisément contrôlable, que l'affection, bientôt élevée au rang d'amour par le romantisme, devient le fondement et la finalité de l'union conjugale. Le sentiment se substitue alors à la procréation, finalité première du mariage. Alors que le mariage avait longtemps eu pour utilité première d'offrir une descendance légitime à une famille qui prolongeait ainsi son existence de générations en générations, on se marie désormais pour laisser s'épanouir le sentiment amoureux et fonder, sur ce socle, une nouvelle famille. C'est à l'aune de cette évolution qu'il faut lire nos récentes réformes, et envisager les réformes futures, car il n'est pas exclu que la percée spectaculaire du sentiment dans le droit matrimonial donne lieu à de nouvelles revendications<sup>1</sup>.

Le cinéma forge et contribue à enraciner cette culture populaire du mariage, au détriment de la vérité juridique. Dès lors, les revendications nouvelles semblent s'inscrire dans un long passé et font oublier qu'à l'origine, le mariage n'a que faire du sentiment, tout simplement parce que ce n'est pas sa raison d'être.

Les images de Jacques Becker rendent donc étroitement compte de la culture juridique de notre pays, à double titre. D'abord en exposant les rémanences de l'ancien droit qui continuent semble-t-il de nourrir la mémoire collective. Mémoire capricieuse et imprécise, mais loin d'être sans fondement. Dans la pensée commune, un mariage consacre, le plus souvent à l'église, l'amour de deux êtres qui s'aiment. Et l'officier d'état civil auquel la loi accorde aujourd'hui un rôle actif et déterminant retient, bien moins que les rites de mariage – cérémonie, banquet- l'attention des époux et de leur famille. Mais ces images révèlent surtout le phénomène d'acculturation juridique, qui légitime les innovations par une réécriture de l'histoire institutionnelle à l'aune des conquêtes du présent. Phénomène majeur à saisir pour la compréhension de l'évolution présente et à venir. Jacques Becker, en empruntant au droit canonique séculaire son illustration du mariage d'amour, donne à celui-ci un passé qu'il n'a pas, mais dont les consciences se satisfont, persuadées que « de tout temps » -expression à bannir tant elle nie les mutations continues du droit-, le mariage a été un mariage d'amour.

---

<sup>1</sup> On pourrait, par exemple, réclamer un mariage polygame au nom du sentiment amoureux porté à plusieurs femmes ou à plusieurs hommes en même temps. La polygamie successive que notre société occidentale tolère (dans la mesure où aujourd'hui il n'est pas rare qu'une femme ou un homme aient plusieurs conjoints successifs au cours d'une vie) deviendrait simultanée.



Loin d'être un invariant historique encadré par le droit, le mariage d'amour et sa fausse longévité relèvent d'une construction culturelle, en partie forgée par le cinéma<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Au même titre que d'autres médias, telle la littérature par exemple : « C'est la littérature qui a contribué historiquement à inventer, ou du moins à formaliser les codes de l'amour –l'amour courtois, la poésie amoureuse, la préciosité, le libertinage, le romantisme, le surréalisme...c'est toujours par des lectures, des films voire des chansons que nous apprenons à connaître et à reconnaître l'amour. La littérature et le cinéma abordent l'amour comme une histoire inscrite dans une temporalité, faite de pratique que l'on raconte et que l'on commente », Propos du sociologue Michel BOZON qui publie *Pratique de l'amour*, Payot, 2016 (*Le Monde*, 23 avril 2016).

## **Amour, droit et liberté : l'union homosexuelle**

**Dorsaf LAJILI**

**Étudiante en M1 Droit européen et international à l'Université Jean Moulin (Lyon III)**

**Cyril MARCHAN**

**Étudiant en 3<sup>ème</sup> année de Licence de Droit à l'Université de Limoges**

**Hugo VALETTE**

**Étudiant en M1 Droit public à l'Université François Rabelais (Tours)**

Si la Convention européenne des droits de l'Homme s'attache à énoncer les droits et libertés fondamentaux des ressortissants des pays membres du Conseil de l'Europe, on pourra s'étonner, au premier abord, que le libellé du sujet accole le terme « amour » aux deux autres notions. Le sens à donner à cette formule ressort pourtant du choix fait quant à l'expression « union homosexuelle ». En effet, le terme « union », par sa nature polysémique, renvoie tout à la fois à la relation nouée entre deux personnes, au mariage, à l'action de rassembler plusieurs éléments jusqu'alors séparés, ou un groupement de personnes animé par une même cause. Voilà donc toute la complexité du sujet de l'homosexualité qui se dessine à la simple lecture du titre. Et voilà, surtout, une idée de la portée des domaines dans lesquels interviendra – théoriquement – la Convention européenne des droits de l'Homme sur le sujet. Apparaissent aussitôt les problématiques liées à l'individu, le couple, le lien conjugal, la non-discrimination, et plus globalement, la légitimation du statut de l'individu homosexuel.

L'actualité récente, notamment la condamnation de l'Italie le 21 juillet 2015 – nous y reviendrons –, nous montre que le sujet n'est pas dénué d'intérêt à l'heure où le droit européen des droits de l'Homme se fait de plus en plus protecteur de la vie privée et de la vie familiale.

Partant, l'objectif de cette étude sera de s'attacher à la question suivante : la protection européenne du libre amour entre personnes de même sexe peut-elle évoluer vers la consécration d'un droit à l'union homosexuelle ?

La première approche de cette question nous commandera de revenir sur l'application désormais constante de l'article 8 de la Convention à la situation des individus homosexuels (I) avant d'analyser les raisons et conséquences de sa seule application (II).

## **I/ L'article 8 Conv. EDH comme fer de lance de la protection de l'union homosexuelle**

### **A. La protection de la vie privée de la personne homosexuelle en couple**

Alors que jusqu'en 1977, la Commission européenne des droits de l'homme admettait la sanction pénale de l'homosexualité au nom de la protection de la santé et de la morale, il est vite apparu incohérent de proclamer, d'un côté, le droit au respect de la vie privée et de condamner, d'un autre, des actes privés entre adultes consentants. C'est pourquoi la Commission allait juger dans l'affaire *X. c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1977 que le comportement homosexuel était lui aussi protégé au titre du droit au respect de la vie privée. Elle rompait ainsi définitivement avec un « mépris initial pour la cause homosexuelle »<sup>1</sup>, et reprenait la même solution que celle dégagée dans l'affaire *X. c. République Fédérale d'Allemagne* du 30 septembre 1975. Contrairement à son analyse précédente, la Commission affirmait ici ne pas pouvoir écarter d'emblée la requête au motif que l'atteinte à la vie privée du requérant répondait aux objectifs de l'article 8§2 de la Convention EDH.

La Cour européenne des droits de l'Homme a fait sienne la position de la Commission. Dans plusieurs affaires, elle allait affirmer à son tour que l'homosexualité relevait de la vie privée, et devait être protégée en tant que telle par l'article 8 de la Convention.

En 1981, la Cour a été saisie d'une affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981. Il s'agissait alors d'un individu qui se plaignait principalement de l'existence, en Irlande du Nord, des lois érigeant en infractions certains actes homosexuels entre adultes consentants. Lui-même risquait de ce fait des poursuites pénales. Il éprouvait ainsi, de manière constante, des sentiments de peur, de souffrance et d'angoisse qui, selon lui, altéraient son droit au respect de la vie privée. La Cour donna raison à l'intéressé, et relevait que la législation attaquée représentait une « ingérence permanente » dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée, et qu'elle se répercutait de manière « constante et directe, par sa seule existence, sur la vie privée de celui-ci. » Elle admettait ainsi pour la première fois que le comportement homosexuel devait être rattaché à la notion de vie privée telle que garantie par l'article 8 Conv. EDH. En l'espèce, elle admettait que si des ingérences

---

<sup>1</sup> HILT (P), *Le couple et la Convention européenne des droits de l'Homme*, PU d'Aix-Marseille, 2004.

dans l'exercice de ce droit pouvaient trouver une justification dans le deuxième paragraphe de cette disposition, la restriction imposée au requérant en vertu du droit nord-irlandais s'est révélée par son ampleur et son caractère absolu, indépendamment même des peines encourues, disproportionnées par rapport aux buts recherchés. Partant, l'article 8 avait été violé.

La même solution a été retenue par la suite de manière constante (*Norris c. Irlande*, 26 oct. 1988 ; *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993).

La protection de l'homosexualité en droit européen n'est donc pas contestable. Elle reste néanmoins contenue dans certaines frontières. Les fondements retenus pour motiver les décisions organisant cette protection sont, à cet égard, significatifs. Car en effet, l'article 8 de la Convention aura longtemps durant été utilisé comme « fer de lance des revendications homosexuelles<sup>1</sup> ». Les droits que cette disposition fut censée consacrer n'ont toutefois pas tous paru également applicables au domaine de l'homosexualité. La prohibition des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle d'un individu a ainsi trouvé un fondement dans la combinaison de l'article 14 avec le droit au respect de la vie privée à l'occasion de l'affaire *Salgueiro Da Silva Mouta* du 21 décembre 1999. Il s'agissait du cas d'un père à qui le droit de garde de son enfant après divorce fut refusé en raison, notamment, de la relation homosexuelle qu'il entretenait avec un autre homme. Pareil refus fut considéré par la CEDH comme une distinction de traitement, au sens de l'article 14, fondée sur l'orientation sexuelle. Elle relevait qu'une telle distinction de traitement ne saurait être tolérée par la Convention, et en concluait à la violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention.

## **B. La protection de la vie familiale des personnes homosexuelles en couple**

La Cour strasbourgeoise affirmait encore il y a peu que les relations homosexuelles n'entraient pas dans le champ de protection de la vie familiale sur le fondement de l'article 8 (CEDH, *Mata Estevez c/ Espagne* du 10 mai 2001). Cette position s'est infléchie dans une affaire *Karner c/ Autriche* du 24 juillet 2003, à l'occasion de laquelle la Cour condamnait la législation autrichienne en ce qu'elle bloquait le transfert du bail au conjoint survivant homosexuel. Le sens de cette solution allait être renforcé avec un arrêt *Kozak c/ Pologne* du 2 mars 2010. Dans cette espèce, tout à fait similaire à l'arrêt exposé ci-avant, la Cour allait considérer que le couple de personnes de même sexe relevait de la « vie familiale ». Elle

---

<sup>1</sup> PÉLISSIER (A), « La réception de l'homoparentalité en droit européen », *AJ fam.*2006, p.406

s'écarterait ainsi d'un refus admis de manière jusque-là constante, et qu'elle jugeait « artificiel ». Pour reconnaître que la notion de « vie familiale » leur était désormais applicable. L'arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche* allait confirmer, quelques mois plus tard, l'existence d'une vie familiale pour les couples homosexuels.

Enfin, dans un arrêt *Vallianatos c/ Grèce* du 7 novembre 2013, la CEDH condamnait la législation grecque en ce qu'elle instaurait une union civile expressément fermée aux couples homosexuels. La Cour en conclut que cette exclusion était discriminatoire dans la mesure où, sur 19 Etats qui offraient une possibilité d'union civile enregistrée, seuls deux ne l'ouvraient pas aux couples de même sexe. La solution ainsi dégagée par les juges strasbourgeois garantit aux couples homosexuels une protection contre les discriminations, tout en laissant une marge d'appréciation aux Etats. En outre, il est précisé que si l'Etat Grec n'avait pas offert cette possibilité d'union civile, il n'aurait pas été condamné. La prise en compte de la vie familiale des couples homosexuels fait donc encore aujourd'hui l'objet d'adaptations de la part de la CEDH.

## **II/ L'article 8 Conv. EDH comme repaire de la consécration d'un droit au mariage homosexuel**

### **A. Le statut conjugal comme substitut à la liberté nuptiale**

Il convient de rappeler tout d'abord l'inapplicabilité de l'article 12 de la Convention aux couples homosexuels, lequel énonce que le mariage est accordé à « l'homme et la femme ». On observera alors que la CEDH se retranche systématiquement derrière le fondement de l'article 8 à propos de la question homosexuelle. A l'inverse, l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ne prend pas le soin d'une telle précision, et permet de tolérer son application au couple homosexuel. Pourtant, les lumières de cette disposition communautaire ne permettront pas d'éclairer la jurisprudence Strasbourgeoise au point de lui faire admettre le mariage homosexuel.

Le fait de réserver le mariage aux couples hétérosexuels ayant été contesté devant les juridictions européennes, la Cour a pu en déduire que cette exclusion du champ de l'article 12 ne constituait ni une discrimination, ni une atteinte à la vie privée, ni une atteinte à la liberté du mariage (CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*). La Cour constatait alors qu'aucun consensus ne se dégagait parmi les Etats-membres du Conseil de l'Europe sur la question du mariage homosexuel. Et d'ajouter que, prenant en compte l'article 9 de la Charte,

la Cour ne considérait plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé. Partant, elle refusait d'écarter l'applicabilité de l'article 12 au grief des requérants sur ce seul fondement. Néanmoins, la Cour put retenir qu' « *en l'état actuel des choses* », l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie selon les lois nationales des Etats contractants.

Toutefois, dans l'affaire *Oliari c/ Italie* (CEDH, 21 juillet 2015), la CEDH devait statuer sur le cas de trois couples homosexuels qui se plaignaient, sur le fondement de l'article 8 Conv. EDH, que la législation italienne ne leur permettait pas de se marier ni de contracter une autre forme d'union civile. La Cour relevait alors que la protection que prévoyait la loi italienne pour les couples homosexuels, non seulement ne répondait pas aux besoins fondamentaux d'un couple engagé dans une relation stable, mais aussi qu'elle manquait de fiabilité. Une union civile ou un partenariat enregistré constituerait le moyen le plus approprié pour les couples homosexuels, tels ceux des requérants, de voir leur relation reconnue par la loi. La Cour soulignait notamment qu'il existait au sein des États membres une tendance à la reconnaissance juridique des couples homosexuels puisque 24 des 47 États membres ont adopté une législation permettant pareille reconnaissance, et que la Cour constitutionnelle italienne a appelé à maintes reprises à garantir pareilles protection et reconnaissance. Constatant l'absence d'intérêt général à mettre en balance avec l'intérêt des requérants à voir leur relation reconnue juridiquement, la Cour conclut que l'Italie n'a pas respecté l'obligation qui lui incombe de veiller à ce que les requérants disposent d'un cadre juridique spécifique apte à reconnaître et protéger leur union. Partant, il y a eu une violation de l'article 8 de la Convention.

### **B. Le statut conjugal comme substitut imparfait au droit à l'enfant**

En marge de la progression fulgurante de la réception de l'homosexualité dans les droits internes des pays européens, la position du droit européen de la famille se situe en retrait. En particulier, c'est dans le domaine de l'adoption que des différences de traitements apparaissent entre les couples homosexuels et hétérosexuels. L'absence de consensus entre les Etats européens conduit la CEDH à laisser aux autorités nationales le soin de déterminer par elles-mêmes les règles relatives à l'attribution d'un agrément préalable à l'adoption pour les personnes homosexuelles (CEDH, 26 fév. 2002, *Fretté c/ France*) ;

Dans l'affaire X et autres c/ Autriche (CEDH, 19 février 2013, req. n°19010/07), deux femmes vivant ensemble une relation homosexuelle stable se plaignaient du refus des juridictions autrichiennes de faire droit à la demande de l'une d'elles d'adopter le fils de l'autre sans pour autant rompre les liens juridiques entre la mère et l'enfant. Dans cette affaire, l'enfant de la compagne était né d'une relation hétérosexuelle, le père ayant reconnu son fils. Ce dernier fut toutefois placé sous l'autorité parentale exclusive de sa mère. La Cour concluait à la non-violation de l'article 14 combiné à l'article 8, pour autant que l'on compare la situation des requérants avec celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre. Le professeur Jean-Pierre Marguénaud écrivait à ce propos : « S'il est contraire aux exigences égalitaires de la Convention EDH de refuser aux couples homosexuels non-mariés ce qui, du point de vue de l'adoption de l'enfant de l'autre, est accordé aux couples hétérosexuels non-mariés, il serait a fortiori anti-conventionnel de refuser aux couples homosexuels mariés ce qui serait accordé aux couples hétérosexuels mariés ou non mariés<sup>1</sup>. » Toujours selon l'auteur : « le statut privilégié attaché au mariage dressera là encore l'obstacle de l'absence de comparabilité des situations qui empêchera de juger discriminatoire la différence de traitement imposée aux couples homosexuels. En revanche, si le mariage entre deux personnes de même sexe vient à être admis, l'obstacle de l'absence de comparabilité des situations tombe et la nécessité de protéger l'intérêt de l'enfant ou de préserver la famille traditionnelle n'a pas davantage de pertinence que dans l'hypothèse d'adoption par l'homosexuel (lle) marié(e) de l'enfant de l'autre »

Dans un arrêt *Gas et Dubois c/ France* du 15 mars 2012, la Cour déclare conforme à la Conv. EDH la législation française qui refuse l'accès à la PMA, pour les couples homosexuels. Retranchée derrière l'argument selon lequel les situations entre couples homosexuels et hétérosexuels seraient différentes, la Cour admit que la loi française ouvre la PMA aux seuls couples dont l'un des deux fait état « infertilité médicalement constatée ». Elle relève alors que les requérants homosexuels, à l'inverse, ne sont pas « stériles » au sens médical du terme, puisque que c'est le type de l'union en cause qui entraîne l'infertilité. Les couples homosexuels ne peuvent donc pas recourir à la PMA en France. Dans le prolongement de cette solution, on remarquera que la jurisprudence française enjoint aux autorités publiques de reconnaître la filiation lorsque la PMA est réalisée à l'étranger par le couple homosexuel.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> MARGUENAU (J-P), « Petit guide européen de l'accèsion à l'homoparentalité », *RTD. Civ.*, 2013, p. 329.

<sup>2</sup> Cass, avis, 22 septembre 2014.

## L'amour en prison

Par David SCHOTS

Directeur du centre pénitentiaire de Saint Quentin Fallavier

*Le caractère oral de la présentation a été conservé*

S'il est audacieux de mettre côte à côte les mots AMOUR et PRISON, c'est tout autant un véritable défi de tenter de vous présenter en peu de temps un sujet sur l'Amour EN prison ! Volontairement, et pour coller le plus possible au thème présenté je n'aborderai ce sujet que sous l'angle de l'amour chez les personnes détenues.

Valéry Giscard d'Estaing déclarait, lors de la campagne présidentielle de 1974 : « la prison, c'est la privation de la liberté d'aller et venir et rien d'autre ». En se rapportant à notre thème, est-on toujours libre d'aimer lorsque l'on est incarcéré ? Je lance cette question, à laquelle chacun pourra tenter de répondre, sans avoir pour ma part la prétention de connaître la réponse.

Traiter le thème de l'Amour dans le monde carcéral peut vite conduire à n'évoquer finalement que la notion de sexualité. C'est effectivement une représentation difficile à contourner tant l'imaginaire collectif et la virilité qui se dégage du milieu pénitentiaire mènent facilement à ce raccourci facile. Cela est beaucoup moins vrai en réalité.

### ***La position institutionnelle.***

Une loi du 22 juin 1987 reconnaît pour la première fois à l'administration pénitentiaire le caractère d'un service public en lui assignant trois missions : participer à l'exécution des décisions de sentences pénales et au maintien de la sécurité publique ; favoriser la réinsertion sociale ; disposer d'une organisation permettant d'assurer l'individualisation de la peine.

L'objectif de réinsertion sociale définitivement consacré, il se décline alors et se traduit par la question du maintien des liens familiaux, entre autres préoccupations. Il est important de retenir cette question car *ne faut-il pas considérer le sentiment amoureux comme un lien aussi naturel que complexe unissant deux personnes dans une perspective commune ?*

L'histoire pénitentiaire est ponctuée de mesures et de dispositifs tentant d'améliorer les

conditions d'exercice ou de développement des liens familiaux. A titre d'exemple, rappelons que, dès le 19<sup>ème</sup> siècle, l'administration gageait sur l'importance du projet familial pour certaines catégories de détenus (prisonniers politiques) en leur permettant de recevoir leur famille dans leur cellule. Plus récemment, dans les années 60, au moment des événements d'Algérie, les détenus de l'OAS pouvaient également recevoir leur compagne. Nous sommes loin, très loin de la politique adoptée au 19<sup>ème</sup> siècle à l'endroit des déportés, transportés et relégués au Bagne de Cayenne. En effet, la loi de 1854 organisant la transportation prévoyait la présence de femmes condamnées dans un but avoué de repeuplement de la colonie guyanaise. Il était alors difficilement question d'amour, vous en conviendrez.

C'est seulement à partir des années 80 que la réflexion sur les liens socio-affectifs des détenus et le respect de l'intimité s'intensifie et s'étend. La question des parloirs dits « sexuels » a été officiellement soulevée dès la commission sur l'architecture carcérale installée en 1983 par Robert BADINTER. Sont alors envisagées l'aménagement à titre expérimental de deux chambres conjugales au Centre de détention de CASABIANDA et la construction de studios privatifs dans les centres de détention de MAUZAC et de VAL DE REUIL. Toutefois, faute d'accord politique, aucuns espaces ne seront jamais mis en service.

Le projet est donc abandonné mais la préoccupation demeure, appuyée par plusieurs recommandations sur l'organisation de visites à caractère familial et d'une durée prolongée pour pallier l'absence de permissions de sortir pour les détenus condamnés à de longues peines. Ainsi, alors que les expériences étrangères (Scandinavie, Espagne, Canada) ont montré leur efficacité à pacifier la détention, le rapport BONNEMAISON de 1989 sur « la modernisation du service public pénitentiaire » invite à « réfléchir, en concertation avec le personnel pénitentiaire, au maintien dans les établissements consacrés aux longues peines, des relations affectives et sexuelles des détenus ».

Le programme d'implantation d'Unités de Visite Familiales (aujourd'hui renommées Unités de Vie Familiale) se profile avec son lot de possibles et d'hésitations. Il faut encore attendre quelques années avant qu'il ne soit réellement annoncé et plusieurs autres avant qu'il ne soit concrétisé. L'ouverture d'U.V.F, sur trois sites pilotes, prévue en 2001, n'a lieu qu'en septembre 2003 au Centre Pénitentiaire pour Femmes de RENNES (officiellement pour aider au maintien du lien mère/enfant) ; suivront en avril 2004 la Maison Centrale de SAINT MARTIN DE RE et en décembre 2005 la Maison Centrale de POISSY. Dans les détentions masculines où elles sont installées, les U.V.F sont davantage évoquées comme moyen de lutte

contre les agressions à caractère sexuel entre détenus.

Il aura donc fallu près de 20 ans à la France pour concrétiser ce projet et suivre ainsi les orientations prévues par les textes internationaux et les dispositifs législatifs et réglementaires actuels sur le droit au respect de la vie familiale et privée. On pourrait regretter ces hésitations.

### ***Les liens durant l'incarcération.***

L'incarcération ne détériore pas inéluctablement les liens entre le détenu et ses proches. L'épreuve de l'incarcération peut même étrangement apparaître comme un facteur de rapprochement entre les acteurs. Mais les effets positifs attribués à la détention découlent souvent d'une lecture idéalisée de la relation vécue à distance et semblent plutôt résulter de ce que l'on pourrait nommer un « effet de contexte ». A titre d'exemple, un certain nombre de mariages sont célébrés en prison, le mariage comme concrétisation dans la majorité des cas d'une relation préexistante et établie. La question du mariage homosexuel n'est à ce jour pas encore une réalité au sein des établissements. Quelle famille possible lorsqu'un proche est incarcéré ? Pour les proches, le moteur des efforts effectués est évidemment le maintien des liens affectifs

## **LA FORCE DU LIEN**

Les femmes, et plus particulièrement celles ayant rencontré leur partenaire quand il était déjà incarcéré, comparent souvent leurs relations de conjugalité à celles des couples « ordinaires » dont le modèle est dénigré pour mieux valoriser leur propre expérience conjugale.

*En tout cas, je pense que c'est plus fort que d'autres histoires qui sont vécues dehors. Moi, ce que je vis, il n'y en a pas beaucoup qui vivent ça. Prune, 45 ans, épouse d'un détenu écroué en MC, 20 ans, 14<sup>ème</sup> année, en couple depuis 3 ans.*

*Je trouve qu'on vit au parloir des moments très intenses parce qu'ils ne sont pas pollués par le quotidien, à mon avis. Je crois que ça intensifie la relation. Quand je suis au parloir, je ne pense qu'à lui, il n'y a plus rien qui existe à côté, alors dans la vie ordinaire, il y a des tas de choses, les courses, toutes les obligations que l'on a au quotidien. Odile, 60 ans, compagne d'un détenu écroué en MC, perpétuité, 22<sup>ème</sup> année, en couple depuis 17 ans.*

*Ben, disons que mes parents n'ont jamais été d'accord que l'on soit ensemble, dès le départ ils ont tout fait pour nous séparer et ils m'ont déjà demandé de choisir et j'ai choisi... alors là ce n'est pas la prison qui nous séparera. Ah non, ben non, ce n'est pas possible... ils ont tout essayé mais ça non plus, ça ne marchera pas, ça ne nous séparera pas... Patricia, 38 ans épouse d'un détenu écroué en MA, prévenu, 15<sup>ème</sup> mois.*

## ***Les parloirs seraient-ils une limite à la construction familiale ?***

### *Des relations « extraordinaires »*

A l'encontre de certaines théories de la sociologie du couple suivant lesquelles les habitudes, les petits rituels ménagers et la familiarité sont primordiaux dans la constitution du couple et pour sa stabilité, les relations par-delà les murs seraient libérées des contraintes de la coexistence et préservées des désagréments et ajustements, conflictuels ou non, de la vie commune. Si elles échappent à certains de ces tracas, elles ne semblent pas pour autant en dehors de toute routine qui éroderait progressivement la dimension passionnelle ou enchantée de l'amour. En effet, les parloirs constituent un facteur fort d'habitudes, dans la mesure où ils se réalisent à un rythme régulier et immuable, alternant retrouvailles et temps séparés largement prédéfinie. La séparation, habituellement pensée ou fantasmée comme une entrave au maintien du lien, apparaît paradoxalement comme un sédiment source de renforcement de la relation : la rareté du temps passé ensemble préserve la qualité des échanges et leur procure un supplément d'intensité et de sincérité. C'est plus particulièrement la vision des compagnes ayant rencontré leur partenaire quand il était déjà incarcéré. L'attente accroît les sentiments et l'émotion des retrouvailles accentue la force des relations. Nous avons l'impression d'y voir une traduction du mythe de l'amour impossible, omniprésent dans la littérature comme au cinéma, à moins qu'il ne faille déduire que l'amour comblé, sans obstacle ni entrave, serait moins fort que l'amour passionnel frustré, la passion étant associée à la souffrance. La légende de Tristan et Yseult ou la romance tragique de Roméo et Juliette entre autres ne montrent-elles pas que l'amour serait d'autant plus intense et vrai qu'irréalisable ?

### *Un temps de retrouvailles*

*Ben pour moi, c'est positif, pour moi et pour lui... Bon, le mieux ce serait qu'il ne soit jamais rentré mais... Je ne suis pas sûr que j'aurai eu des relations comme ça avec lui s'il était dehors. Cela intensifie les relations, forcément... forcément parce que c'est quelque chose... dans un contexte aussi particulier, le fait de venir, de vouloir maintenir des rapports, c'est quand même un engagement de ma part qui fait que lui il en est conscient et cela ne fait que renforcer quelque chose qui existait déjà. Olivier, 35 ans, ami d'un détenu écroué en MC, 20 ans, 7ème année.*

De même, contrairement à ce que dit la rumeur carcérale, la prison ne détruit pas forcément les couples. Elle peut aussi, à première vue de façon paradoxale, les renforcer voire leur offrir l'occasion d'une renaissance grâce à l'épreuve de la séparation. Les relations conjugales par-delà les murs seraient ravivées par un

dialogue plus authentique et privilégié; les parloirs sont uniquement consacrés à la conversation conjugale qui peut se poursuivre à travers la correspondance écrite ou téléphonique ; on y évite les conversations désagréables. L'incarcération serait une occasion pour les compagnes ou épouses de voir réaliser un modèle idéalisé de vie conjugale basé sur la communication (alors que l'homme serait a priori plus centré sur l'érotisme ou l'érotisation de la relation). Il est cependant probable qu'un tel fonctionnement ne perdurera pas après la libération du détenu.

En outre, les relations seraient renforcées par le fait de partager cette épreuve: l'incarcération est vécue ensemble, elle rapproche car elle amène les acteurs à affronter en même temps, à deux, les mêmes obstacles et les mêmes craintes, peut-être plus d'ailleurs que ce qu'ils partageaient auparavant.

Petite digression concernant les échanges téléphoniques, certains témoignages révèlent le rôle important du téléphone pour le bien-être des familles au quotidien. Plusieurs familles ont déclaré qu'elles préféreraient voir moins souvent le proche incarcéré et pouvoir lui parler tous les soirs plutôt que de lui rendre visite trois fois par semaine et ne pas l'avoir au téléphone. Le téléphone comblerait en partie le manque de l'autre éprouvé au quotidien et permettrait de « faire comme si l'autre était là ».

### *Les parloirs, lieu d'exposition des sentiments*

Le placement en détention favorise l'expression de ce qui est ressenti pour l'autre, le détenu se livrant à sa partenaire comme il le faisait peu jusque-là. Les sentiments exprimés difficilement à l'extérieur le sont avec plus d'aisance : les détenus paraissent plus attentionnés, plus démonstratifs. Le changement du détenu est interprété par les partenaires comme l'expression de son amour envers elles. De ce fait, les proches écartent leurs craintes quant à un risque de récidive: puisque leur compagnon a pris conscience de ses sentiments, de la valeur de son couple ou de sa famille, il ne commettra donc plus les mêmes erreurs. Pour autant, ces changements doivent être resitués dans le contexte de la détention qui exacerbe les sentiments, comme l'observe par exemple Olivier, un ami de détenu. Ainsi, la vie conjugale et familiale se poursuit au-delà des murs. Les acteurs insistent sur la dimension extraordinaire de la relation qui intensifie les échanges qui semblent désormais essentiellement consacrés à la conversation et où l'expression des sentiments prend une place nouvelle.

### ***Les Parloirs Familiaux, solution intermédiaire.***

Petites surfaces de 15 à 20m<sup>2</sup> en moyenne, aménagées en salon et disposant d'un coin sanitaire, ils sont une solution intermédiaire acceptable entre les parloirs ordinaires et les U.V.F. Leur utilisation est souvent presque exclusivement à la pratique de relations sexuelles entre conjoints. Ils permettent en effet d'avoir une intimité totale durant quelques heures et, pour les détenus ne bénéficiant pas de permissions de sortir, d'entretenir des liens « privilégiés » avec leur compagne. Cette implantation permet d'éviter, comme cela se produisait notamment dans certaines Maisons Centrales accueillant de très longues peines, que les détenus descendent aux parloirs avec un stock de draps pour protéger leurs ébats à peine dissimulés derrière un rideau de fortune, tout ceci sous la bienveillance du personnel de surveillance compréhensif sans être complice.

### ***Les UVF, espoirs du couple et de la famille ?***

Plus adaptées et plus proches d'un respect digne du maintien des liens familiaux, ces petits hébergements, de type T2 OU T3 de 40 à 50 m<sup>2</sup> en moyenne, sont aménagées complètement pour l'accueil et l'hébergement raisonnables d'un couple ou d'une famille de 4 à 5 personnes sur des tranches progressives de 6 à 72 heures. L'accès aux UVF est instruit sur demande écrite du détenu, au profit de proches disposant de permis de visite valides et disposant de visites aux parloirs régulières. Après avis du Service Pénitentiaire d'Insertion et de Probation, la direction décide de la suite à donner à cette demande. Cette faculté, essentiellement destinée aux personnes détenues ne bénéficiant pas de permissions de sortir, s'avère être un moyen de concilier l'attente d'un aménagement de peine avec la nécessité de conserver le lien affectif et/ou familial avec ses proches. La carte d'implantation des U.V.F est en constante évolution car un programme de généralisation progressive est entamé depuis quelques années. Par ailleurs, toutes les nouvelles constructions d'établissement incluent systématiquement ces locaux.

## L'amour platonique au cœur d'un débat juridique : la protection animale

**Antoine PERROTIN**

**Étudiant au sein de l'Institut d'Etudes judiciaires (Lyon 3)**

**Marc GUYON**

**Étudiant en M1 droit public à l'Université de Cergy**

Lorsque la « passion dévorante »<sup>1</sup> d'une femme pour ses treize chats empiète sur le devoir mutuel de respect entre époux, les juges français n'hésitent pas à déclarer la rupture de la vie commune.<sup>2</sup> Ce seul exemple suffit à démontrer que les Hommes peuvent nourrir des sentiments amoureux d'un type particulier pour les animaux, sentiment qui rejailli parfois sur les relations amoureuses des humains. Cet amour est communément appelé « amour platonique », à savoir, en se référant à la philosophie platonicienne notamment telle qu'exposée dans *le Banquet*<sup>3</sup>, l'amour pur, chaste, dégagé de toute sensualité et excluant toute relation charnelle. On ne peut nier toutefois que cet amour peut parfois être si fort qu'il bascule dans des formes non platoniques, voire dans une déviance sexuelle telle la zoophilie<sup>4</sup>. Ne nous intéressant ici qu'à l'amour platonique, nous excluons volontairement ces cas du champ de notre étude<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> MARCHADIER (F), « La passion dévorante pour les chats cause de divorce », (Colmar, ch. civ. 5 B, 17 fév. 2015, n° 13/05411, *Gabie L. c/ Patrick H.*) », *RSDA* 2015/1, p. 27.

<sup>2</sup>MARCHADIER, (F) *précit.* pp. 27 et suiv.

<sup>3</sup> PLATON, *Le Banquet*, 210 e – 212. Selon Marsile Ficin, l'amour platonique sert avant tout la recherche spirituelle. A travers la contemplation de la beauté de la nature et de ses êtres, l'homme développe une conscience toujours plus accrue de l'omnipotence d'un universalisme divin. FICIN (M) *Commentaire sur Le Banquet de Platon. De l'amour*, VI, 1, trad. LAURENS (P), Paris, Les Belles Lettres, 2002, p. 126.

<sup>4</sup> Pour un exemple récent, v. le célèbre cas du Poney nommé « Junior » victime de son propriétaire zoophile, Cass., Crim., n° 06-82785, 4 sept. 2007, *Bull. crim* n° 191.

<sup>5</sup> Soulignons toutefois que certains auteurs n'excluent pas que cette forme déviante d'amour pour les animaux pourrait dans certains cas susciter des interrogations sous l'angle de la conventionalité des lois. C'est le cas notamment de ROETS (D). L'auteur s'interroge ainsi sur le fait de savoir si « dans certains cas au moins, la tenue d'un un procès pénal pour sévices de nature sexuelle sur animal ne constituerait pas un traitement dégradant [au sens de l'article 3 de la Convention]. Poursuivi, l'auteur de tels faits est nécessairement confronté au pénible regard d'autrui. Sa misérable vie sexuelle est ainsi jetée en pâture, au risque d'un sentiment d'humiliation dont on imagine aisément les effets potentiellement dévastateurs sur la psychologie de l'intéressé » ; ROETS (D) « note sur Cass., Crim., n° 06-82785, 4 sept. 2007 », *RSDA* 2009-1, p. 56.

Dans notre société industrielle, cette forme d'amour platonique entre l'homme et l'animal est remise en question par les intérêts économiques et matériels que l'homme peut retirer de l'animal, disons-le clairement : essentiellement pour s'alimenter. La défense de ces intérêts économiques converge avec la conception cartésienne de « l'animal machine ». L'animal, alors perçu comme un simple automate<sup>1</sup>, représente une chose dont on peut aisément s'approprier l'utilisation, la disposition et les fruits « de la manière la plus absolue »<sup>2</sup>.

En parallèle, les sciences naturelles découvrent la sensibilité animale, relayée par des courants éthiques qui s'opposent à la conception utilitariste de l'animal et militent pour un rapport homme-animal pacifié.<sup>3</sup> La reconnaissance juridique de l'animal comme être sensible<sup>4</sup> et son insertion récente dans le Code civil<sup>5</sup> ne cesse de vivifier le débat sur le statut juridique de l'animal en droit français.

Ainsi, l'animal doté de réactions psychiques douloureuses dispose d'un intérêt à défendre, précisément le droit de ne pas souffrir.<sup>6</sup> Or, selon M. DEMOGUE « celui auquel la loi destine l'utilité du droit »<sup>7</sup> est sujet de droit. La question s'était alors posée de savoir si l'animal allait être considéré non plus comme un objet mais comme un sujet de droit.<sup>8</sup> Dans l'état actuel du droit positif, l'animal reste soumis au régime des biens, cependant il bénéficie d'une protection en droit pénal contre les mauvais traitements, ce qui restreint *l'usus* et *l'abusus* du propriétaire.<sup>9</sup> En plus d'assurer la protection effective du bien-être animal, les

---

<sup>1</sup> De manière surprenante, l'automatisme que l'on rapporte ainsi au comportement animal se manifeste aujourd'hui davantage dans les méthodes industrielles appliquées aux animaux par l'Homme pour satisfaire les exigences toujours croissantes de la société de consommation.

<sup>2</sup> Voir article 544 du code civil. Il faut noter que l'animal, avant loi n° 2015-177 du 16 février 2015, était assimilé à un bien meuble par l'article 528 Code civil.

<sup>3</sup> Il faut relever la pensée d'Alfred KASTLER : « une société ne peut se dire ni civilisée, ni socialement évoluée si elle ne respecte pas les animaux et si elle ne prend pas leur souffrance en considération » ; cité in BRAYE (D), Rapport (n° 429), fait au nom de la Commission des affaires économiques, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif aux animaux dangereux et errants et à la protection des animaux 13 mai 1998, consulté sur le site du Sénat <https://www.senat.fr/rap/197-429/197-4294.html>.

<sup>4</sup> L'article 9 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 introduit l'article L.214-1 dans le code rural et de la pêche maritime disposant que « tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce ».

<sup>5</sup> L'article 2 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 introduit un article 515-14 du code civil disposant que : « les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens ».

<sup>6</sup> ANTOINE (S), « Le droit de l'animal : évolution et perspectives », *D.* 1996, p. 128.

<sup>7</sup> DEMOGUE (R), *Les notions fondamentales du Droit privé essai critique pour servir à l'introduction des obligations*, [1911], La Mémoire du droit, Paris, 2001, pp. 329 et suiv.

<sup>8</sup> ANTOINE (S), *précit.* pp. 127-129.

<sup>9</sup> Les sévices graves et les actes de cruauté envers les animaux sont sanctionnés par l'article 521-1 du Code pénal ; « l'animalicide volontaire » est sanctionné par l'article R. 655-1 ; v. MARGUÉNAUD (J-P), « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 209.

juridictions nationales semblent reconnaître une certaine portée juridique aux rapports affectueux qui peuvent s'établir entre l'homme et l'animal.<sup>1</sup> Les tribunaux ont ainsi tranché des questions liées à la garde de l'animal de la famille lors d'un divorce.<sup>2</sup> Plus récemment encore, le juge a admis que la mort de l'animal causée par la faute d'autrui ouvre un droit à réparation du préjudice affectif du propriétaire. Ainsi dans l'affaire du « chien Delgado », la Cour de cassation a reconnu la portée du lien amoureux entre l'animal et l'acheteur, qui rend le remplacement de l'animal déficient impossible<sup>3</sup>. Finalement, dans ces espèces, le propriétaire exprime un intérêt personnel à défendre l'amour platonique qu'il porte à son animal domestique.

Ces affaires n'ayant trait qu'à des animaux domestiques, il convient en outre de préciser que le législateur a également participé à ce mouvement en ce qu'il a notamment favorisé l'action des associations pour combattre les comportements de haine à l'encontre des animaux domestiques, d'élevage mais aussi sauvages. Ainsi l'article 2-13 du Code de procédure pénale dispose ainsi que les associations de protection des animaux déclarées depuis cinq ans peuvent agir à « l'encontre des personnes exerçant des sévices graves ou actes de cruauté et les mauvais traitements envers les animaux, ainsi que les atteintes volontaires à la vie d'un animal prévus par le code pénal ». Cet élargissement de l'action civile offre à ces associations le moyen technique leur permettant de rendre concrète et effective l'application des dispositions pénales protégeant l'animal<sup>4</sup>. Le législateur a ainsi comblé l'incapacité de l'animal à organiser seul la défense de ses intérêts en substituant à la douleur et au silence la présomption d'un préjudice direct aux amoureux des animaux.

Au-delà de leur ferveur dans le prétoire des juges nationaux, ces amoureux de la cause animale déploient aujourd'hui leurs arguments au niveau supranational<sup>5</sup> et plus

---

<sup>1</sup> Ainsi, le 19 mai 1982, le T. corr. Strasbourg, à même retenu : « depuis la loi du 2 juillet 1850, dite loi Grammont, les efforts du législateur ont tendu vers une protection plus grande et plus efficace de l'animal, devenu sujet de droit en 1976 ». V. Rapport D. BRAYE, Projet de loi relatif aux animaux dangereux et errants, et à la protection des animaux, Sénat session ordinaire de 1997-1998, n°429.

<sup>2</sup> Ce qui a conduit certaines juridictions à errer en faisant une application analogue des règles sur la garde de l'enfant ; DOSNER-DOLIVET (A), SCEMAMA (A), Obs. CA Paris, 11 janvier 1983, *Gaz. Pal.*, 1983-2, p. 412 ; ANTOINE (S), *précit.* p.128.

<sup>3</sup> GARCIA (K), « L'impossible remplacement d'un animal de compagnie en cas de défaut de conformité », (Civ. 1, 9 décembre 2015, n° 14-25910), *RSDA* 2015/1, pp. 55 et suiv.

<sup>4</sup> MARGUÉNAUD (J-P), « Animal », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. ALLAND (D) et RIALS (S), PUF, Paris, 3<sup>e</sup> éd., 2010, p. 60

<sup>5</sup> Sous leur influence, des législations ont été mises en place pour interdire l'importation de produits dérivés du phoque dans l'Union européenne. Ces mêmes dispositions ont fait l'objet d'un recours devant l'organe de règlement des différends de l'organisation mondiale du commerce (O.M.C) puisqu'elles méconnaîtraient des principes de bases du commerce international. A cette occasion, l'organe de règlement des différends a déclaré que la restriction des importations pouvait être justifiée par un motif de moralité publique afin de garantir les

particulièrement au niveau européen. Les amoureux platoniques des animaux amènent donc le débat juridique sur la cause animale et le bien-être animal devant la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Il est dès lors intéressant d'étudier la position de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le débat du statut de l'animal et de la protection de l'animal.

Cette interrogation semble d'autant plus intéressante qu'elle semble à première vue très largement paradoxale. La doctrine n'a-t-elle pas, à juste titre, relevé, à l'instar du Pr. Jean-Pierre Marguénaud, que le droit européen n'a assurément aucune vocation à protéger directement l'animal<sup>1</sup> et que la Cour EDH n'était « évidemment pas une Cour européenne des droits de l'animal »<sup>2</sup>? Serait-il hors-sujet de rechercher au sein de la jurisprudence strasbourgeoise des traces d'un débat sur la condition animale? Nous ne le pensons pas.

Il faut toutefois noter qu'évidemment le débat devant la Cour européenne des droits de l'Homme ne se présente pas dans les mêmes termes que devant les juges nationaux. Tout d'abord, la Cour n'a pas de définition autonome des animaux et tranche actuellement les litiges concernant le statut des animaux sur le fondement de l'article 1 du premier protocole à la Convention (art. 1P1). Autrement dit la Cour assimile les animaux aux biens<sup>3</sup>. Ensuite, la Cour n'a pas encore traité directement la question du bien-être animal.

Cependant, comme le souligne Kataryna BLAY-GRABARCZYK, les animaux sont désormais bien présents dans la jurisprudence de la Cour européenne<sup>4</sup>. Depuis plusieurs années en effet, la Cour voit les contentieux touchant en tout ou partie les animaux se

---

attentes du public européen sur le bien-être animal, sur cet épisode voir (OA, § 5.228) ; MORIN (M), « Bien-être animal et commerce international : L'affaire des produits dérivés du phoque devant l'OMC », *Lavoisier*, 2015/2, pp. 282-297.

<sup>1</sup> LAURENT-BOUTOT (C), « De l'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le contentieux relatif aux animaux », *RSDA* 2010/1, p. 95.

<sup>2</sup> MARGUÉNAUD (J-P), « Une victoire historique pour la liberté d'expression des défenseurs des animaux : l'arrêt de Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz c. Suisse* du 30 juin 2009 », *RSDA* 2009/1, p. 21.

<sup>3</sup> Cour. EDH, req. n° 44174/06, *Chagnon et Fournier c. France*, 5 juillet 2010, § 36 ; HERVIEU (N), « Abatage préventif des cheptels dans le cadre de la lutte contre la fièvre aphteuse et théorie des circonstances exceptionnelles », *Lettres Actualités Droits et Libertés*, 6 août 2010. La portée de l'arrêt ne doit sans doute pas être sur-interprétée. Il s'agissait d'un éleveur d'ovins qui contestait l'obligation qui lui avait été faite d'abattre préventivement son cheptel dans le cadre de la lutte contre la fièvre aphteuse. La particularité des animaux concernés (des animaux d'élevage élevés pour la consommation humaine) et la nature de la prétention du requérant (le manque à gagner financier que représente l'abatage du troupeau), ne saurait fixer la position définitive de la Cour EDH sur ce point.

<sup>4</sup> BLAY-GRABARCZYK (K), « L'émergence d'une communauté des vues quant au statut juridique protecteur de l'animal : les pistes de réflexion sur sa possible prise en compte par Cour EDH », *RSDA* 2015/2, p. 366.

multiplier devant elle<sup>1</sup>. Autant d'affaires qui ont donné l'occasion à la Cour de prendre part, même de façon embryonnaire, au débat juridique sur la condition animale.

Si donc, comme l'affirme le Pr. Marguénaud, la Cour EDH n'est évidemment pas une Cour européenne des droits des animaux, il observe néanmoins qu'elle permet parfois « de renforcer les dispositions de ceux qui se battent avec énergie » pour défendre la cause animale<sup>2</sup>. En cela, le juge européen assure un « secours indirect » aux espèces animales<sup>3</sup>, et sa position mérite donc d'être étudiée.

Une nouvelle fois, la Cour ne prend pas part au débat juridique sur la condition animale en se prononçant directement sur le statut animal. Ce n'est pas sous cet angle qu'il faut chercher à analyser le rôle de la Cour dans ce débat. Certes la Convention est un instrument dynamique à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui<sup>4</sup>, mais il reste fondamentalement un instrument de protection des droits *de l'Homme* et non *des animaux*. Alors que certains prédisent que la Cour européenne pourrait être amenée à intégrer dans ses standards juridiques le statut de l'animal comme être sensible<sup>5</sup>, la prohibition de la souffrance animale n'est pas encore un droit protégé par le système de la Convention. Du fait de son rôle subsidiaire de protection des droits fondamentaux, la Cour laisse donc pour le moment cette question aux juridictions et législateurs nationaux. Ceci ne prive pas toutefois la Cour de toute participation au débat juridique sur la cause animale.

Il y a en effet plusieurs façons de prendre part à un débat qu'il soit juridique ou non : on peut d'abord prendre un parti pris, prendre position pour l'une des propositions en discussion, autrement dit d'avoir un rôle actif dans le débat. La Cour s'y refuse pour le moment. Mais on peut tout aussi bien avoir un rôle plus passif, un rôle d'arbitre en veillant à ce que d'une part le débat puisse avoir lieu en organisant l'échange, la discussion, la confrontation d'idées contradictoires. Cela consiste à faire notamment en sorte qu'un thème puisse être traité. On peut aussi arbitrer ce débat, d'autre part en régulant, en organisant les modalités des discussions sur ce thème. En d'autres termes, en fixant les règles du jeu.

---

<sup>1</sup> Dont certains n'ont rien à voir avec la condition animale. On pense notamment ici aux affaires concernant l'obligation positive des Etats de protéger le droit à la vie de leurs ressortissants contre les attaques d'animaux errants ; v. Cour EDH, req. n° 47304/07, *Berü c. Turquie*, 11 janvier 2011; Cour EDH, req. n° 9718/03, *Georgel et Georgetta Stoicescu c. Roumanie*, 26 juillet 2011.

<sup>2</sup> MARGUÉNAUD (J-P), « Une victoire historique pour la liberté d'expression des défenseurs des animaux : l'arrêt de Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz c. Suisse* du 30 juin 2009 », *précit.*

<sup>3</sup> LAURENT-BOUTOT (C), *précit.*...

<sup>4</sup> V. parmi tant d'autres Cour EDH, req. n° 5856/72, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31.

<sup>5</sup> V. notamment, BLAY-GRABARCZYK (K), *précit.* pp. 365 et suiv.

C'est davantage dans cette optique qu'il faut selon nous étudier le rôle de la Cour. Celle-ci s'attache en effet à garantir que ce débat puisse exister au sein des Etats membres et qu'il respecte certaines formes et certaines règles. La Cour fait ainsi de la question animale un élément pivot, déterminant dans la protection de certains droits conventionnels permettant à ces questions d'être débattues. Lui reconnaissant un caractère non futile, elle évite surtout que les droits conventionnels des protecteurs des animaux ou des opposants éthiques aux traitements cruels envers les animaux qui s'expriment au cours de ce débat soient violés. En procédant de la sorte la Cour valorise le débat juridique sur la condition animale et ce à plusieurs égards. Tout d'abord, elle s'assure que le débat soit ouvert mais sérieux. Pour ce faire elle identifie et valorise tout particulièrement les intervenants centraux à ce débat : les amoureux des animaux à qui elle offre un véritable droit exclusif de participation au débat (I). Ensuite, elle valorise ce débat en faisant en sorte qu'il soit un débat libre mais décent. Elle le fait notamment en fixant un cadre à l'expression des amoureux platoniques des animaux, arbitrant ainsi le déroulement pacifique du débat juridique sur la condition animale (II).

### **I — Identification et valorisation des « amoureux des animaux » par la CEDH : condition préalable à l'organisation du débat juridique sur la condition animale**

La jurisprudence de la CEDH a pour premier mérite de prendre l'amour platonique pour les animaux au sérieux. Lorsqu'il est invoqué par les requérants, l'amour des animaux permet à la Cour dans de nombreux cas d'apprécier la réalité de l'existence ou non d'une ingérence dans un ou des droits conventionnels protégés. La jurisprudence de la Cour a surtout selon nous un second mérite essentiel : elle tient compte et rend compte de la diversité des amoureux des animaux et réserve à chacun une réelle protection, une réelle légitimité.

Bien qu'ils aient en commun l'amour des animaux et une forte sensibilité pour la cause animale, les amoureux des animaux ne forment pas en effet pour autant un ensemble parfaitement homogène. On peut à cet égard distinguer deux principales catégories d'amoureux des animaux : d'une part les amoureux que l'on pourrait qualifier « d'isolés » qui regroupent les personnes physiques faisant de la protection animale une conviction, une règle éthique, une règle de vie purement personnelle. On distinguera d'autre part, des amoureux que l'on pourrait qualifier « d'institutionnalisés » en ce qu'ils renvoient aux personnes morales, qui font de la condition animale une cause militante, un combat public notamment les associations de protection des animaux (ou de l'environnement) et les organisations non

gouvernementales (O.N.G). Peu importe la catégorie dont ils relèvent, tous peuvent, en vertu du texte de la Convention et de la jurisprudence de la Cour sur l'article 34 de la Convention<sup>1</sup>, avoir accès au prétoire de la Cour et donc prendre part au débat juridique sur la protection animale.

Si tous voient leur amour des animaux bénéficier d'une réelle protection conventionnelle, la situation des amoureux « isolés » ne semble pas aussi pleinement reconnue que celle des amoureux « institutionnalisés ». Ces derniers se sont en effet vu reconnaître par la Cour le statut très protecteur et solennel de « *chiens de garde de la démocratie* », (B) ancrant ainsi définitivement leur place au sein du débat juridique et démocratique sur la condition animale. Les amoureux « isolés » quant à eux, du moins lorsqu'ils sont sincères, voient leurs convictions personnelles réellement prises en compte par la CEDH mais jamais directement sous l'angle de l'article 9, leur conférant ainsi une reconnaissance un peu moins solennelle (A).

### **A. Les amoureux « isolés » des animaux : une participation au débat conditionnée par l'appréciation de la sincérité de leur amour pour les animaux par la CEDH**

N'est pas un amoureux des animaux qui veut ! Tel pourrait être schématiquement résumée la ligne jurisprudentielle de la Cour sur les amoureux « isolés » des animaux. L'attention portée par les personnes physiques à la condition animale s'est manifestée dans divers contentieux dont la Cour a eu à connaître. Tous ces contentieux ont en commun de reposer sur les convictions des individus qu'elles soient religieuses<sup>2</sup> ou non. Il nous semble cependant, que ne doivent pas être prise en compte ici les affaires centrées sur les convictions religieuses des individus en ce qu'elles ne relèvent pas du cadre du simple amour platonique désintéressé<sup>3</sup>. Ce n'est pas tant, à titre principal, au nom de la condition animale que ces

<sup>1</sup> Lequel dispose que : « la Cour peut- être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles [] », nous soulignons.

<sup>2</sup> Nous pensons notamment ici aux affaires portant sur l'exigence par des détenus de repas végétariens pour respecter leurs convictions religieuses, v. Cour EDH, req. n° 18429/06, *Jakóbski c. Pologne*, 7 déc. 2010, obs. MARGUÉNAUD (J-P), RSC 2011, p. 221., note HERVIEU (N), *Lettre Actualités Droits et Libertés*, 7 déc. 2010 ; Cour EDH, req. n° 14150/08, *Vartic c. Roumanie*, 17 déc. 2013, note SZYM CZAK (D), RSDA 2013/2, p. 93. On pense aussi à la question des abattages rituels pratiqués dans certains cultes comme dans l'affaire Cour EDH, GC, req. n° 27417/95, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000 (§ 20).

<sup>3</sup> On notera à cet égard que dans ses observations sous l'arrêt *Jakóbski c. Pologne* précité, le Professeur MARGUÉNAUD relevait que le raisonnement de la Cour laissait « délibérément de côté le cas du végétarien philosophe pour s'en tenir à celui du végétarien religieux ». Les détenus qui demanderaient des repas végétariens

personnes ne veulent pas consommer de viande, mais bien plutôt parce qu'ils estiment que Dieu leur a imposé une telle obligation. Sans nier l'avancée que peuvent constituer indirectement ces affaires pour la condition animale<sup>1</sup>, on considère toutefois que le souci de l'animal n'y est que très secondaire. Pour cette raison, c'est surtout cette seconde catégorie qui nous intéressera ici et plus particulièrement un contentieux topique : celui des « opposants éthiques » à la chasse.

La Cour a semble-t-il toujours admis que certaines activités traditionnelles comme la chasse puissent heurter la sensibilité et les convictions de certains individus. Elle a même admis qu'elle posait de « sérieuses questions éthiques et morales »<sup>2</sup>. Pourtant celle-ci n'a jamais admis de trancher ces affaires sur le fondement direct de l'article 9, alors même que les « interférences »<sup>3</sup> avec l'article 9 et que la « propagation des principes consacrés par cet article »<sup>4</sup> dans ces arrêts sont évidentes.

L'arrêt *Chassagnou contre France*<sup>5</sup> est à ce titre emblématique et a fixé pour longtemps la ligne jurisprudentielle de la Cour. On rappellera brièvement qu'était en cause la conventionalité de la « loi Verdeille » obligeant les petits propriétaires, y compris les opposants éthiques à la chasse<sup>6</sup>, à adhérer aux Associations Communales de Chasse Agréées

---

sans être liés par une « obligation » religieuse ne sont donc pas directement visés par la solution de l'arrêt. Toutefois une telle application semble découler logiquement de la jurisprudence de la Cour selon le même auteur. Ce dernier affirme en effet que « sauf à établir une discrimination entre la manifestation des convictions philosophiques et la manifestation des convictions religieuses, la Cour ne pourrait donc pas juger que la décision de ne pas manger les animaux est raisonnable quand on est bouddhiste et déraisonnable quand on est athée ou agnostique. Elle pourrait encore plus difficilement considérer que l'on peut raisonnablement exiger un régime végétarien quand on est détenu et qu'il serait déraisonnable de le demander lorsque l'on est libre mais acculé par des contraintes scolaires, professionnelles ou autres à la nécessité de recourir à des organismes de restauration collective », MARGUÉNAUD (J-P), « Le droit du détenu à un régime végétarien (CEDH, 4<sup>e</sup> section, 7 décembre 2010, n° 18429/06, *Jakóbski c/ Pologne*) », *RSC* 2011, p. 222. Se pose donc la question de savoir si le végétarisme est « en tant que tel » une conviction à même d'être protégé sous l'angle de l'article 9 CEDH, SZYMCZAK (D), « La liberté de manifester sa religion ... au secours de la cause animale ? Cour EDH, 3<sup>e</sup> section, 17 déc. 2013, *Vartic c. Roumanie* (n° 2), req. n° 14150/08 », *RSDA* 2013/2, p. 95.

<sup>1</sup> On ne peut toutefois pas nier, comme l'affirme le Professeur SZYMCZAK, que de telles jurisprudences en garantissant une « meilleure promotion/acceptation du végétarisme » peuvent aller en un sens « au soutien d'un plus grand respect de la cause animale », mais seulement de manière très indirecte, raison pour laquelle nous les écartons ici ; SZYMCZAK (D), *Précit.* p. 93

<sup>2</sup> CEDH, déc., req. n° 16072/06, *Friend & Country Side Alliance and others c. United-Kingdom*, 24 nov. 2009, § 50. La Cour estime d'ailleurs que l'interdiction de la chasse poursuit un but légitime et peut se justifier, au regard de l'article 11 § 2, au nom de la protection de la morale, CEDH, déc., *Friend & Country Side Alliance and others c. U.-K. précit.*, § 50

<sup>3</sup> MARGUÉNAUD (J-P), « La loi dite Verdeille à l'épreuve de la CEDH : coup de semonce ou coup de grâce ? Commentaire de l'arrêt de la CEDH *Chassagnou* et autres c. France du 29 avril 1999 », *RJE* 1999/4, p. 522.

<sup>4</sup> MARGUÉNAUD (J-P), « La loi dite Verdeille ... », *précit.* p. 524.

<sup>5</sup> CEDH, GC, req. n° 25088/94, *Chassagnou et autres c. France*, 29 avril 1999, note MARGUÉNAUD (J-P), *RJE* 1999/4, pp. 517 et suiv.

<sup>6</sup> Tel était le cas des requérants en l'espèce puisqu'ils ont tous été d'abord membres du Rassemblement des Opposants à la Chasse (R.O.C) ou de l'Association pour la protection des animaux sauvages (A.S.P.A.S), CEDH, GC, *Chassagnou et autres c. France précité*, §§ 17, 23 et 29.

(A.C.C.A) créées par la loi mais surtout à apporter leurs terrains au périmètre des dites associations. La Cour a reconnu dans cette affaire une violation de l'article 1 du Protocole 1 combiné en partie avec l'article 14 de la Convention, mais a refusé de se prononcer, comme elle continue à le faire depuis<sup>1</sup>, sur le terrain de l'article 9 pourtant invoqué par les requérants<sup>2</sup>. Pourtant, comme le relevait déjà le Professeur J.-P. Marguénaud, le raisonnement de la Cour ne laissait guère de doute sur les motifs ayant réellement emporté la conviction des juges strasbourgeois. La Cour n'a en effet pu, soutenait l'auteur, constater les violations des droits des requérants « qu'en prenant en considération la force des convictions d'opposants à la chasse des requérants »<sup>3</sup>. On ne peut que souscrire à cette analyse. Dans la mesure où la Cour considère que l'ingérence dans le droit au respect des biens si elle poursuit bien un but d'intérêt général<sup>4</sup> est disproportionné en ce qu'elle oblige les petits propriétaires à faire apport de leur droit de chasse sur leurs terrains pour que des tiers en fassent « un usage totalement contraire à leurs convictions »<sup>5</sup>. De même la Cour condamnait sur le fondement combiné des articles 1P1 et 14 de la Convention la distinction faite par la loi entre les grands propriétaires et les petits propriétaires fonciers à propos de l'obligation d'apporter son terrain au périmètre des A.C.C.A<sup>6</sup> en ce qu'elle « réservait seulement aux premiers la possibilité d'affecter leur terrain à un usage conforme à leur choix de conscience »<sup>7</sup>. Plus encore dans ce même arrêt la Cour élève, sans le dire et pour conclure à une violation de l'article 11, les convictions des opposants éthiques à la chasse au rang des convictions protégées par l'article 9. La Cour indique en effet que « leurs convictions atteignent un certain degré de force, de cohérence et

<sup>1</sup> V. récemment CEDH, GC, req. n° 9300/07, *Hermann c. Allemagne*, 26 juin 2012, § 119.

<sup>2</sup> La Cour estimait en effet, comme elle répète inlassablement depuis, qu'au vue des conclusions sur les autres moyens invoqués par les requérants, « il ne s'impose pas de procéder à un examen séparé de l'affaire sous l'angle de l'article 9 », CEDH, GC, *Chassagnou et autres c. France* précité, § 125.

<sup>3</sup> MARGUÉNAUD (J-P), « La loi dite Verdeille à l'épreuve de la CEDH : coup de semonce ou coup de grâce ? », *Précit.*, p. 521. Le législateur national a depuis modifié en conséquence la loi Verdeille en introduisant par la loi n° 2000-698 du 26 juill. 2000 une disposition dans le Code rural aujourd'hui codifiée à l'article L. 420-10 5° du Code de l'environnement faisant expressément référence aux convictions des propriétaires : « l'association communale [l'A.C.C.A] est constituée sur les terrains autres que ceux [...] ayant fait l'objet de l'opposition de propriétaires, de l'unanimité des copropriétaires indivis qui, au nom de convictions personnelles opposées à la pratique de la chasse, interdisent, y compris pour eux-mêmes, l'exercice de la chasse sur leurs biens, sans préjudice des conséquences liées à la responsabilité du propriétaire, notamment pour les dégâts qui pourraient être causés par le gibier provenant de ses fonds » (nous soulignons).

<sup>4</sup> CEDH, GC, *Chassagnou et autres c. France* précité, § 79.

<sup>5</sup> CEDH, GC, *Chassagnou et autres c. France* précité, § 85, nous soulignons. V. plus récemment CEDH, GC, *Hermann c. Allemagne*, *Précit.*, §§ 80, 91 et 92.

<sup>6</sup> La loi prévoyait en effet la possibilité pour les propriétaires d'un terrain d'une superficie au moins égale à 60 hectares dans la Creuse et 20 hectares dans la Gironde et la Dordogne puissent s'opposer à l'inclusion de leur terrain dans le périmètre de l'A.C.C.A. Les petits propriétaires terriens n'avaient donc pas cette possibilité et se voyaient contraints de verser leur terrain au périmètre de l'association de chasse.

<sup>7</sup> CEDH, GC, *Chassagnou et autres c. France*, *Précit.*, § 95.

d'importance et méritent de ce fait respect dans une société démocratique »<sup>1</sup>. Même lorsqu'existe une possibilité pour les petits propriétaires terriens d'être indemnisés en compensation de cette perte de l'usage de leur bien, la Cour confirme tout de même le caractère excessif de la charge pesant sur eux, au terme d'un raisonnement qui là encore laisse paraître que le poids des convictions des requérants fonde en réalité la solution. La Cour l'a nettement confirmé dans l'affaire *Hermann c. Allemagne* de 2012 dans laquelle la Cour précise « qu'il s'accorde mal avec la notion même de respect d'une objection éthique d'imposer à la personne concernée de demander aux autorités une indemnisation de ce qui forme la source même de son objection. Pareille démarche pourrait en soi passer pour incompatible avec les convictions éthiques en question »<sup>2</sup>. La Cour affirme même éprouver « pour des raisons de principe » des « réticences devant l'argument [soutenu par le Gouvernement] selon lequel des convictions personnelles profondément ancrées pourraient être échangées contre une indemnité annuelle censée compenser la perte de l'usage du bien »<sup>3</sup>.

Le poids ou plus exactement la sincérité des convictions des opposants éthiques à la chasse est telle, que ce seul facteur explique « l'aggiornamento de la jurisprudence Chassagnou »<sup>4</sup> avec l'arrêt rendu par la Grande Chambre dans l'affaire *Chatauby c. France* en 2012<sup>5</sup>. Comme elle le fait en matière de liberté de conscience, la Cour va finalement ici apprécier la sincérité des convictions anti-chasse du requérant en recherchant si elles atteignent un certain degré de force, de cohérence et d'importance. Ce qui la conduit donc au final à apprécier la sincérité de son amour pour la cause animale. Ce test issu de la jurisprudence relative à l'article 9 de la Convention permet à la Cour de distinguer au sein des amoureux « isolés » les « vrais » amoureux « désintéressés » des animaux des amoureux « de circonstance ». Les faits de l'espèce étaient au fond, en partie, relativement similaires à ceux de l'affaire *Chassagnou*. Une différence factuelle essentielle conduit cependant la Cour à adopter une autre solution. Le requérant, alors qu'il faisait valoir ses convictions anti-chasse pour exclure son bien foncier du périmètre de l'A.C.C.A, est lui-même détenteur d'un permis de chasse<sup>6</sup>, c'est d'ailleurs sur ce motif que le Préfet avait rejeté sa demande. La Cour en conclut donc que n'étant pas un opposant éthique à la chasse, il ne saurait lui être appliqué la solution de l'arrêt *Chassagnou* et ne reconnaît donc pas de violation de ses droits

---

<sup>1</sup> CEDH, GC, *Chassagnou et autres c. France*, *Précit.*, § 114.

<sup>2</sup> CEDH, GC, *Hermann c. Allemagne*, *Précit.*, § 91 (nous soulignons).

<sup>3</sup> CEDH, GC, *Hermann c. Allemagne*, *Précit.*, § 91.

<sup>4</sup> UBUSHIEVA (B), « Un *aggiornamento* de la jurisprudence *Chassagnou* : seule "l'opposition éthique" à la chasse justifie une différence de traitement entre les petits et les grands propriétaires », *RSDA* 2012/2, p. 115.

<sup>5</sup> CEDH, GC, req. n°57412/08, *Chatauby c. France*, 4 oct. 2012.

<sup>6</sup> CEDH, GC, *Chatauby c. France*, *Précit.*, § 9.

conventionnels notamment au titre des articles 1P1 et 14 de la Convention<sup>1</sup>. Surtout la Cour reconnaît ce que la doctrine avait depuis longtemps constaté à savoir « qu'il ressort de l'arrêt *Chassagnou* et autres que les constats de violation auxquels la Cour est parvenue reposent de façon déterminante sur le fait que les requérants étaient des opposants éthiques à la chasse dont les choix de conscience étaient en cause »<sup>2</sup>.

La Cour serait donc bien inspirée à l'avenir de dépasser l'ambiguïté issue de l'arrêt *Chassagnou* en statuant sur le fondement de l'article 9 de la Convention en reconnaissant, comme l'y invitait déjà le juge FISCHBACH dans son opinion séparée dans l'affaire *Chassagnou*, que « les convictions "environnementalistes" ou "écologiques" se rangent parmi celles qui entrent dans le champ d'application de l'article 9 »<sup>3</sup>. Ainsi posée à côté du pacifisme<sup>4</sup> ou de l'objection de conscience<sup>5</sup>, l'amour des animaux y gagnerait en visibilité et en garantie, le contrôle opéré par la Cour en matière de restriction à la liberté de conscience étant particulièrement strict. Surtout il permettrait aux amoureux « isolés » sincères des animaux, et seulement à eux, de véritablement prendre une part active au débat juridique sur la condition animale en arguant de leurs convictions profondes. Le débat juridique sur la condition animale gagnerait en sérieux et en force à ne plus être ainsi « parasité » par des requérants opportunistes, amoureux transis d'un jour. En l'état de la jurisprudence européenne, une telle consécration n'est peut-être pas à attendre immédiatement au moins pour la question spécifique de la condition animale. L'arrêt *Hermann c. Allemagne* semble ainsi témoigner d'une possible difficulté de la Cour à penser comme un tout homogène cette question de la condition animale. Cherchant à discréditer le sérieux des convictions anti-chasse du requérant, le Gouvernement allemand avait produit devant la Cour des documents établissant que les terres du requérants étaient louées à une agricultrice qui les utilisait pour élever du bétail destiné à l'abatage et que le requérant ne s'y était jamais opposé<sup>6</sup>. La Cour ne suit toutefois pas le Gouvernement en considérant que ce détail ne saurait suffire à remettre en doute le caractère sérieux des convictions du requérant en ce que « l'opposition à la chasse ne peut être assimilée à l'opposition à l'abatage des animaux pour la consommation humaine »<sup>7</sup>. Cette affirmation peut cependant être nuancée dans la mesure où il est des amoureux des

<sup>1</sup> CEDH, GC, *Chatauby c. France*, *Précit.*, § 47.

<sup>2</sup> CEDH, GC, *Chatauby c. France*, *Précit.*, § 41. V. aussi les paragraphes 43 et 44 de l'arrêt qui confirment le poids déterminant des convictions.

<sup>3</sup> Opinion séparée de M. le juge FISCHBACH sur l'article 9, CEDH, GC, *Chassagnou c. France*, *Précit.*, p. 47.

<sup>4</sup> Com. EDH, req. n° 7050/75, *Arrowsmith c. Royaume-Uni*, 12 oct. 1978, §§ 68-69.

<sup>5</sup> CEDH, GC, req. n° 23459/03, *Bayatyan c. Arménie*, 7 juill. 2011, §§ 110-111.

<sup>6</sup> CEDH, GC, *Hermann c. Allemagne*, *Précit.*, § 24.

<sup>7</sup> CEDH, GC, *Hermann c. Allemagne*, *Précit.*, § 92.

animaux pour qui l'opposition à l'abatage des animaux pour la consommation humaine fait pleinement partie de leurs convictions et de leur combat pour les animaux.

Quoiqu'il en soit, dans l'attente de développements jurisprudentiels futurs, les amoureux sincères des animaux sont aujourd'hui supplantés par les amoureux « institutionnalisés » dans la participation au débat juridique sur la condition animale, notamment en raison du fait que ces derniers qui bénéficient, en partie du fait de la jurisprudence de la Cour, d'une position particulièrement privilégiée.

## **B. Les amoureux « institutionnalisés » des animaux : acteurs privilégiés du débat en qualité de « chiens de garde de la démocratie »**

En tant que personnes morales ayant un objet social bien déterminé et clairement affiché, les associations ou O.N.G de protection des animaux ne voient jamais la sincérité de leur amour pour les animaux remise en cause par la Cour. En cela, leur intérêt à participer au débat juridique sur la condition animale est présumé et leur action facilitée. Pourrait en revanche être discutée sur le terrain de la recevabilité leur qualité de victime selon les critères classiques issus de la jurisprudence de la Cour sur l'article 34 de la Convention<sup>1</sup>.

Plus déterminant est ici le statut très protecteur et très solennel de « chiens de garde de la démocratie » que la Cour a offert aux associations et O.N.G spécialisées en droit de l'environnement<sup>2</sup> et plus particulièrement aux associations et O.N.G consacrées à la condition animale<sup>3</sup> qui les place au même niveau que les organes de presse<sup>4</sup>. Ce statut extrêmement protecteur dont on sait les conséquences qu'il a pu et continue d'avoir sur la garantie de la liberté d'expression, laisse entrevoir les facultés d'expression et de participation de ces associations en tant qu'acteurs privilégiés du débat juridique sur la condition animale. De ce

---

<sup>1</sup> Pour une vue d'ensemble de ces critères jurisprudentiels v. notamment CEDH, req. n° 62543/00, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, 27 mai 2004 ; CEDH, déc. req. n° 34746/97, *Association et Ligue pour la protection des acheteurs d'automobile, Ana Abîd et 646 autres c. Roumanie*, 10 juill. 2001. En ce qui concerne plus spécifiquement les O.N.G spécialisées dans la défense de l'environnement Com EDH, déc., req. n° 38192/97, *Association les amis de Saint Raphaël et de Fréjus et autres c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 1998 ; CEDH, déc., req. n° 29121/95, *Jean Asselbourg et 78 autres personnes physiques ainsi que l'association Greenpeace-Luxembourg c. Luxembourg*, 29 juin 1999 ; CEDH, déc., req. n° 75218/01, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine MELOX – collectif stop MELOX et MOX c. France*, 28 mars 2006 ; CEDH, req. n° 29953/08, *A.S.P.A.S et Lasgrezas c. France*, 22 sept. 2011 ; CEDH, déc., req. n° 55243/10, *Association Greenpeace France c. France*, 13 déc. 2011.

<sup>2</sup> V. par exemple CEDH, req. n° 57829/00, *Vides Aizsardzības Klubs c. Lettonie*, 27 mai 2004, § 42.

<sup>3</sup> CEDH, GC, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* précité, § 103 ; CEDH, req. n° 6987/07, *Guseva c. Bulgarie*, 17 fév. 2015, §§ 38 et 54, note D. SZYMCZAK, *RSDA* 2015/1, pp. 105 et suiv.

<sup>4</sup> CEDH, *Guseva c. Bulgarie*, *Précit.*, §§ 38 et 54.

point de vue l'arrêt *Guseva c. Bulgarie* est révélateur d'une volonté de la Cour de permettre aux associations de défense des animaux de faire progresser le débat sur la condition animale.

L'arrêt rendu par la quatrième section de la Cour pourrait, s'il venait à être confirmé par la Grande Chambre saisie de l'affaire, rénover la jurisprudence sur le droit du public à recevoir des informations au titre de l'article 10 de la Convention. M<sup>me</sup> Guseva, membre du Conseil d'administration de la Société protectrice des animaux de sa commune a plusieurs fois adressé au Maire de sa ville des demandes d'information sur le sort réservé aux animaux errants récupérés sur la voie publique par les services municipaux de la fourrière. Ses trois demandes se sont toujours heurtées à un refus du Maire. La Cour va conclure à la violation de l'article 10 et donc faire droit à la demande de la requérante, le refus de communiquer ces informations n'étant pas pour la Cour prévu par la loi. Surtout la Cour prend soin de préciser que les O.N.G et associations ont un rôle équivalent à la celui de la presse dans la création de lieux d'échanges et de débat public<sup>1</sup>. De plus la Cour semble faire des associations et O.N.G de protection des animaux les acteurs privilégiés voire exclusifs du débat juridique sur la condition animale. On aurait pu certes considérer que le fait que M<sup>me</sup> Guseva fasse ses démarches en son nom<sup>2</sup>, sans l'appui de l'association dont elle était une représentante, laisserait la faculté aux amoureux « isolés » de faire eux aussi valoir un droit à l'information. En suivant cette voie n'importe quel blogueur actif dans la protection des animaux aurait pu prétendre avoir le droit à la communication d'informations concernant la condition animale pour informer « son » public. Il semble cependant que ce ne soit pas cette voie que retienne l'arrêt *Guseva*. Les fonctions associatives de M<sup>me</sup> Guseva semblent en effet avoir été déterminantes dans l'élaboration de la solution. La Cour relève toutefois que M<sup>me</sup> Guseva n'a demandé ces informations que dans le but d'informer le public et surtout qu'elle l'a fait dans le cadre de son engagement associatif<sup>3</sup>. Par conséquent, ajoute la Cour, les informations demandées étaient « directement liées à son travail en tant que membre et représentante de l'association » laquelle est de plus très active sur le terrain de la défense des animaux<sup>4</sup>. La requérante était donc selon la Cour engagée dans un processus « légitime » de recherche de l'information<sup>5</sup>. Une telle « légitimité » aurait-elle été reconnue à l'amoureux « isolé » des animaux non engagé dans une association de défense des animaux ou du moins sans fonction

---

<sup>1</sup> CEDH, *Guseva c. Bulgarie*, *Précit.*, § 54.

<sup>2</sup> « The Court notes that the applicant brought the application in her own stead as an individual and that the association she represents is not an applicant before it », CEDH, *Guseva c. Bulgarie*, *Précit.*, § 55.

<sup>3</sup> CEDH, *Guseva c. Bulgarie*, *Précit.*, § 55.

<sup>4</sup> CEDH, *Guseva c. Bulgarie*, *Précit.*, § 55.

<sup>5</sup> CEDH, *Guseva c. Bulgarie*, *Précit.*, § 55.

administrative au sein de cette association ? La prudence et la lettre de l'arrêt de la Section conduisent davantage à apporter une réponse négative à cette question, actant un peu plus encore le statut privilégié des associations et O.N.G dans le débat juridique sur la condition animale.

On le voit donc les associations et amoureux sincères des animaux bénéficient d'un régime soit d'ores et déjà, soit potentiellement très protecteur, bien qu'inégal selon qu'ils sont « isolés » ou « institutionnalisés ». Il l'est d'autant plus que leur liberté d'expression se trouve renforcée par la consécration prétorienne de la protection des animaux comme question d'intérêt général, posant concomitamment la question des limites de cette libre expression et de son encadrement par la Cour.

## **II — Encadrement de l'expression des amoureux platoniques des animaux par la CEDH : condition nécessaire à la bonne tenue du débat juridique sur la condition animale.**

Éric FOTTORINO a écrit, s'adressant à son père, dans *L'homme qui m'aimait tout bas*, « tu m'aimais tout bas, sans effusion, comme on murmure pour ne pas troubler l'ordre des choses. Tu m'aimais tout bas, sans le dire, sans éprouver le besoin d'élever la voix »<sup>1</sup>. Telle n'est manifestement pas la solution retenue par la Cour européenne à l'égard des amoureux des animaux. La Cour EDH permet au contraire aux amoureux sincères des animaux le droit de troubler l'ordre des choses, d'élever la voix. En effet, elle autorise certaines effusions d'amour d'autant plus que la protection animale est consacrée comme sujet d'un débat d'intérêt général (A). Néanmoins si elle reconnaît un certain « droit d'exprimer son amour », celui-ci n'est pas absolu et il ne saurait quoiqu'il en soit justifier tous les moyens (B).

### **A. La condition animale en tant que débat d'intérêt général : la liberté d'expression renforcée des amoureux des animaux**

---

<sup>1</sup> FOTTORINO (E), *L'Homme qui m'aimait tout bas*, Gallimard, Paris, 2009.

Née de la jurisprudence *Sunday Times c. Royaume-Uni* de 1979<sup>1</sup>, la notion de débat d'intérêt général est depuis devenue un « emblème »<sup>2</sup> de la jurisprudence européenne en matière de liberté d'expression. Notion purement prétorienne<sup>3</sup>, elle est surtout, de l'avis de plusieurs auteurs, largement insaisissable dans la jurisprudence européenne<sup>4</sup>. Cette notion est pourtant omniprésente dans la jurisprudence strasbourgeoise. Ces manifestations se sont d'ailleurs multipliées en jurisprudence, et ce dans de très nombreux domaines<sup>5</sup> qu'il s'agisse du débat politique, de questions relatives à la santé publique, à l'histoire, à la religion, mais aussi à la protection des animaux.

La CEDH a en effet consacré la condition animale comme question d'intérêt général pour la première fois dans un arrêt du 20 mai 1999 rendu par la Grande Chambre concernant un journal local norvégien condamné pour diffamation pour une série d'articles publiés et rapportant sur la base de paroles d'inspecteur de la pêche des traitements cruels de certains pêcheurs de phoques<sup>6</sup>. Dès cette première affaire la Cour donne toute son importance à la question animale en ne limitant pas son intérêt à la seule localité abritant le siège du journal en question en soulignant le fait que les articles litigieux s'inscrivaient « dans le cadre d'un débat présentant à l'évidence un intérêt pour la population locale, nationale et internationale »<sup>7</sup>. On aurait pu toutefois minimiser l'importance de cette qualification en tenant compte des faits de l'espèce en relevant que cette qualification était fortement liée au caractère « emblématique » de l'espèce animale en cause – les phoques – dont les conditions de chasse font l'objet de très nombreuses campagnes depuis les années 1960-1970<sup>8</sup>. Le fait que soient concernés les phoques et non les chats domestiques par exemple aurait pu laisser penser que ce n'est pas tant la condition animale dans son ensemble qui était une question d'intérêt général mais seulement la médiatique chasse aux phoques et ses modalités concrètes.

<sup>1</sup> CEDH, req. n° 6538/74, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 15 avril 1979, §.13.

<sup>2</sup> LYN (F), « Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. 1<sup>ère</sup> partie : l'identification de la notion européenne de débat d'intérêt général », *Légipresse* juin 2014, n° 317, p. 339.

<sup>3</sup> MICHALSKI (C), « Liberté d'expression et débat d'intérêt général. Analyse critique », *AJ Pénal*, janv. 2013, p. 21.

<sup>4</sup> V. par exemple F. LYN art. cit (1<sup>ère</sup> part), p. 340 ; C. MICHALSKI, *précit.* p. 24. L'auteur estime en effet qu'en l'état de la jurisprudence une définition claire et précise de la notion de débat d'intérêt général est « impossible [...] sinon à la marge ».

<sup>5</sup> V. notamment la liste faite par C. MICHALSKI, *Précit.* pp. 22-23.

<sup>6</sup> CEDH, GC, req. n° 21980/93 *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, 20 mai 1999, §§ 62-64.

<sup>7</sup> CEDH, GC, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège précit.*, § 63, nous soulignons.

<sup>8</sup> Il est fait notamment référence ici, parmi tant d'autres, à l'engagement et à la campagne internationale contre le massacre des bébés phoques menée par exemple par Brigitte Bardot à partir de 1976, ou encore aux campagnes menées par Greenpeace dès 1970.

François LYN a ainsi démontré que l'intérêt médiatique d'une question permet d'identifier un débat d'intérêt général<sup>1</sup>.

Cependant une telle solution ne peut plus prévaloir. La Cour a en effet depuis confirmé à de nombreuses reprises<sup>2</sup> que la protection animale était un sujet d'intérêt général et ce même pour des espèces bien moins emblématiques ou menacées. C'est tout particulièrement le cas dans l'arrêt remarqué rendu par la Grande Chambre de la Cour à propos de l'affaire *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz c. Suisse* du 30 juin 2009 (dit arrêt *VgT*)<sup>3</sup>. La Cour y affirme notamment qu'un spot télévisé réalisé par une association de protection des animaux pour dénoncer les conditions de l'élevage des porcs en batterie<sup>4</sup> est assurément<sup>5</sup> une question d'intérêt général en ce qu'elle touche à la protection des consommateurs, à la protection de l'environnement mais surtout, ce qui est inédit, à la « protection des animaux »<sup>6</sup>. Cette consécration de la protection d'animaux « ordinaires » comme question d'intérêt général signait une « victoire historique » pour les défenseurs des animaux et de la cause animale dans son ensemble<sup>7</sup>.

En leur octroyant ce statut très protecteur la Cour permet ainsi aux amoureux transis des animaux de respecter en quelque sorte un devoir d'assistance et de secours aux animaux. Toutefois l'enjeu est maintenant pour la CEDH de trancher de façon classique dans quelle(s) limite(s) les amoureux sincères des animaux peuvent s'exprimer dans ce débat d'intérêt général.

## **B/ Le maintien des démonstrations d'amour envers les animaux dans une juste mesure**

<sup>1</sup> F. LYN, « Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. 1<sup>ère</sup> partie, *Précit.* p. 344.

<sup>2</sup> V. par exemple CEDH, req. n° 43481/09, *PETA Deutschland c. Allemagne*, 8 nov. 2012, § 47.

<sup>3</sup> CEDH, GC, req. n° 32772/02, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz c. Suisse*, 30 juin 2009.

<sup>4</sup> La Cour a à nouveau eu à connaître de la question de l'élevage des animaux en batterie, à travers la contestation d'une campagne publicitaire polémique de l'association PETA qui concernait non seulement des porcs mais aussi des poulets élevés en batterie dans l'arrêt CEDH, *PETA Deutschland c. Allemagne*, *Précit.*, v. § 7.

<sup>5</sup> La Cour précise que la question présente un intérêt public « certain », CEDH, GC, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz c. Suisse*, *Précit.*, § 92.

<sup>6</sup> CEDH, GC, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz c. Suisse*, *Précit.*, § 92. Position confirmée par la Cour dans son arrêt *PETA Deutschland c. Allemagne* précité, § 47 où la Cour insiste sur le fait que la protection des animaux est « indéniablement » une question d'intérêt général. V. aussi CEDH, GC, req. n° 48876, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, § 102.

<sup>7</sup> MARGUÉNAUD (J-P), « Une victoire historique pour la liberté d'expression des défenseurs des animaux : l'arrêt de Grande Chambre de la Cour européenne des Droits de l'Homme *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz c. Suisse* du 30 juin 2009 », *RSDA* 2009/1, p. 21.

La protection des animaux étant une question d'intérêt général, les amoureux des animaux doivent pouvoir s'exprimer sans restrictions excessives. Du moins sont-elles strictement encadrées par la Cour. Quand bien même la condition animale participe d'un débat d'intérêt général, elle ne saurait autoriser toutes les démonstrations d'un amour platonique pour les animaux. La jurisprudence strasbourgeoise sur la presse, dont on a vu qu'elle pouvait sur de nombreux points indiquer les évolutions jurisprudentielles possibles, en témoigne.

Comme l'a résumé le Professeur D. Szymczak dans son commentaire de l'arrêt de la Cour *Tierbefreier c. Allemagne* : « la fin [ou plus exactement ici l'amour des animaux] ne justifie pas (tous) les moyens »<sup>1</sup> en particulier les propos diffamatoires ou les appels à des actions violentes<sup>2</sup>. La Cour en tant qu'arbitre, fixe donc certaines règles au débat sur la cause animale. La jurisprudence nous permet d'avoir un aperçu de ces règles entourant les manifestations d'amour envers les animaux, qui laisse clairement apparaître que la Cour n'autorise que des actions strictement pacifiques et celles ne portant pas atteinte à d'autres droits ou valeurs au cœur de la Convention comme par exemple la dignité humaine.

La Cour n'autorise que les effusions d'amour strictement pacifiques, ainsi, dans l'affaire *Hashman et Harrup c. Royaume-Uni* du 25 Novembre 1999<sup>3</sup>, elle protège au visa de l'article 10 de la Convention les opérations de sabotage de parties de chasse à courre. Etaient en cause des manifestants anti-chasse, dont l'arrêt ne dit pas s'ils sont uniquement des opposants éthiques à la chasse ou s'ils sont par ailleurs militants associatifs, qui avaient tenté de perturber pacifiquement<sup>4</sup> une chasse à courre au renard en sonnant du cor de chasse et en criant « taïaut » pour effrayer les proies et désorienter les chiens de chasse. L'opération a tragiquement dépassé l'objectif initial, puisque l'un des chiens de chasse, perturbé par ces manœuvres, s'est séparé du reste de la meute et fût renversé et tué par un camion. La Cour ne va toutefois pas condamner ce type de procédé et considère au contraire qu'il s'agit là de « l'expression d'opinions au sens de l'article 10 de la Convention », les requérants ayant

---

<sup>1</sup> SZYMCZAK (D), « Liberté d'expression et expérimentation animale : la fin ne justifie pas (tous) les moyens ! Du nécessaire respect des "règles de la bataille intellectuelle des idées" », *RSDA* 2014/1, p. 93.

<sup>2</sup> SZYMCZAK (D), *Précit.* p. 99.

<sup>3</sup> CEDH, req. n° 25594/94, *Hasman et Harrup c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1999.

<sup>4</sup> Les juridictions internes avaient bien relevé qu'il n'y avait eu ni violence ni menaces de violence de la part des requérants, CEDH, *Hasman et Harrup c. Royaume-Uni*, *Précit.*, § 7.

perturbé une activité qu'ils réprouvent<sup>1</sup>. Finalement elle condamne le Royaume-Uni estimant que l'ingérence dans leur droit à la liberté d'expression n'était pas prévue par la loi.

La Cour aurait-elle tenu ce raisonnement s'il y avait eu ne serait-ce qu'une altercation physique ou même un blessé léger ? Sans trop prendre le risque de se tromper on peut apporter une réponse négative à cette question. A l'inverse la Cour interdit certaines expressions pacifiques de l'amour des animaux. A cet égard, elle ne tolère que celles qui ne prennent pas la forme d'une façon ou d'une autre de la coercition physique. La décision *Geert Drieman et autres c. Norvège* du 4 Mai 2000<sup>2</sup> est une illustration particulièrement remarquable de cette ligne jurisprudentielle. Les faits pourraient en grande partie être rapprochés de ceux de l'affaire *Haschman et Harrup*. Etaient en cause des militants<sup>3</sup> de Greenpeace, O.N.G très active en matière de protection de l'environnement en général et des animaux et de la biodiversité en particulier<sup>4</sup>, ayant tenté, à partir de bateaux « armés » de canons à eau, de saboter des opérations de chasse à la baleine en interposant leurs navires entre les baleiniers et les baleines et en « attaquant » des baleiniers à coups de jets d'eau dans les eaux de pêche norvégiennes. La Cour appliquant la solution de l'arrêt *Haschman et Harrup c. Royaume-Uni*, admit tout d'abord que les condamnations subies par les militants de Greenpeace peuvent se concevoir comme des ingérences dans le droit à la liberté d'expression<sup>5</sup>. Elle ne considéra cependant pas que l'ingérence était en l'espèce disproportionnée au terme d'un raisonnement qui laisse clairement apparaître la distinction entre les effusions d'amour envers les animaux que la CEDH est prête à admettre et celles qu'elles refusera. La Cour note en effet qu'en réalité les militants de Greenpeace n'avaient pas simplement pour but de condamner publiquement les agissements et de médiatiser leur opposition à la chasse à la baleine, mais plutôt d'essayer de d'arrêter physiquement cette activité<sup>6</sup>. Si la Cour ne conclue pas à la violation de l'article 10 de la Convention c'est uniquement en raison des « méthodes particulières » employées par les militants de Greenpeace<sup>7</sup>. La Cour estime en effet que les actions menées par les militants écologistes aboutissaient concrètement à poser « un ultimatum » laissant pour seule alternative aux baleiniers de poursuivre leur activité, au risque de blesser les militants écologistes interposés

<sup>1</sup> CEDH, *Hasman et Harrup c. Royaume-Uni*, *Précit.*, § 28.

<sup>2</sup> CEDH, déc. req. n° 33678/96, *Geert Drieman and others v. Norway*, 4 mai 2000.

<sup>3</sup> Notamment le directeur de la Fondation Greenpeace aux Pays-Bas.

<sup>4</sup> Laquelle aurait donc pu en cette qualité, eu égard aux évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour, se voir reconnaître la qualité de « chienne de garde de la démocratie » participant à un « débat d'intérêt général » : la protection des animaux, en l'espèce les baleines.

<sup>5</sup> CEDH, déc., *Geert Drieman and others v. Norway*, *Précit.*, p. 8.

<sup>6</sup> CEDH, déc., *Geert Drieman and others v. Norway* précitée, p. 10.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

entre eux et les baleines, ou bien d'arrêter la chasse pourtant considérée à l'époque comme légale en Norvège<sup>1</sup>. C'est ainsi uniquement le recours à une forme de « *coercition physique* » et donc l'abandon d'une expression purement pacifique que condamne la Cour<sup>2</sup>.

Enfin, la Cour ne tolère pas les manifestations d'amour susceptibles de porter atteinte à la dignité humaine ou à la réputation d'autrui. Deux jurisprudences sont particulièrement emblématiques.

Premièrement la Cour oblige les amoureux des animaux à prendre part au débat juridique sur la condition animale en respectant certaines règles que l'on pourrait qualifier « d'éthiques ». La Cour évoque des « règles de la bataille intellectuelle des idées »<sup>3</sup>, propres à la loyauté du débat juridique. Toutefois, elle ne semble pas interdire certains modes de participation à ce débat que l'on pourrait qualifier de déloyaux<sup>4</sup>. Tels sont selon nous les enseignements qu'il faut tirer de l'arrêt *Tierbefreier c. Allemagne* de 2014<sup>5</sup>. Un journaliste proche d'une association de protection des animaux s'était fait employer dans une entreprise pratiquant des expérimentations sur les animaux. Il profite de cet emploi pour réaliser en secret, sans l'autorisation de l'entreprise, un documentaire sur les pratiques de cette société. Plusieurs extraits de ce documentaire seront diffusés dans les médias puis il sera intégralement mis en ligne et en accès libre sur le site de l'association Tierbefreier. A l'issue des procédures internes, la société en question a obtenu une injonction interdisant la diffusion dudit documentaire par ladite association. C'est cette injonction que conteste l'association au regard de l'article 10 de la Convention. La Cour reprenant en grande partie le raisonnement des juridictions nationales<sup>6</sup> il y a donc lieu, pour saisir toute la portée de l'arrêt, d'y faire très référence. Comme le souligne le Pr. SZYMCZAK<sup>7</sup>, ce qui semble avoir été réellement déterminant dans le rejet de la requête tant par les juridictions nationales que par la Cour de Strasbourg est avant tout l'attitude de l'association envers la compagnie « victime », non pas

<sup>1</sup> CEDH, déc., *Geert Drieman and others v. Norway*, *Précit.*, p. 10.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> CEDH, req. n° 45192/09, *Tierbefreier E.V. v. Germany*, 16 janv. 2014, § 56.

<sup>4</sup> On relèvera qu'une telle solution peut constituer une véritable victoire pour certaines associations qui justement utilisent en partie des vidéos filmées en caméras cachées pour dénoncer les mauvais traitements infligés aux animaux. On pense notamment en France à l'association « L 214 » dont les vidéos sur les pratiques de certains abattoirs ont été très médiatisées et ont même amené les députés français à constituer une commission d'enquête sur ce point pour faire avancer la législation. Le rapport d'enquête a été adopté le 20 septembre dernier et remis au Président de l'Assemblée Nationale ; v. FALLORNI (O), COLLET (J-Y), Rapport (n° 4038) fait au nom de la commission d'enquête *sur les conditions d'abattage des animaux de boucherie dans les abattoirs français*. La même association invite d'ailleurs sur son site internet quiconque sait filmer et veut diffuser ses images à la contacter (<http://www.l214.com/video>).

<sup>5</sup> CEDH, *Tierbefreier E.V. v. Germany* précité ; note SZYMCZAK (D), *RSDA* 2014/1, pp. 93 et suiv.

<sup>6</sup> V. notamment CEDH, *Tierbefreier E.V. v. Germany*, *Précit.*, §§ 55-57.

<sup>7</sup> SZYMCZAK (D), « Liberté d'expression et expérimentation animale ... », *Précit.* p. 99.

tant le procédé des caméras cachées. La société visée faisait en effet l'objet d'un acharnement par l'association Tierbefreier. L'association s'en était prise plusieurs fois aux locaux et même aux employés de l'entreprise. Les juridictions allemandes rapportaient ainsi à l'appui de leurs jugements que l'association ne rejetait aucune forme de violence dans son combat contre l'entreprise et l'expérimentation animale. On pouvait alors lire sur son site internet que la vie d'un animal était aussi importante à ses yeux que celle d'une porte cassée, qu'un laboratoire détruit ou des camions de transport brûlés<sup>1</sup>. Même si elle assurait ne pas être à l'origine d'opérations choc visant à répandre du sang artificiel sur les employés de la société elle se déclarait néanmoins solidaire des activistes ayant mené de telles opérations<sup>2</sup>. Elle avait à de nombreuses reprises piraté le site internet de la compagnie<sup>3</sup>. Elle avait également distribué des tracts et collé des affiches contre l'entreprise dans le voisinage des employés de ladite société<sup>4</sup>. Ce qu'ont condamné les cours nationales est donc l'acceptation par l'association d'un recours à certaines formes de violence. On en revient donc à la solution dégagée par exemple dans la décision *Geert Drieman et autres c. Norvège*. Ce qui atteste selon nous d'une admission par la Cour de moyens « déloyaux » comme les caméras cachées, résulte de sa conclusion sur la non-violation de l'article 14 de la Convention. L'association Tierbefreier contestait en effet avoir été condamnée par les juridictions nationales à ne plus utiliser les vidéos litigieuses alors même que le journaliste qui les avait filmé et que d'autres activistes des droits des animaux eux, pouvait continuer la diffusion de certains extraits. Renvoyant encore une fois aux décisions des juridictions nationales la Cour rejette le moyen estimant qu'elles avaient recherché un équilibre entre la liberté d'expression des militants et le droit à la réputation de la société<sup>5</sup>. Or les décisions internes, fondées sur un examen minutieux de la proportionnalité de l'injonction faite à l'association, semblent admettre le recours à des moyens déloyaux comme les caméras cachées si l'intérêt et l'importance de l'information pour le public l'emporte clairement sur les inconvénients subis par la personne incriminée par ledit média<sup>6</sup>. Ce qui est décisif pour les juridictions allemandes est le respect des règles de la bataille intellectuelle des idées. Si une personne ne respecte pas ces règles alors son droit à la liberté d'expression doit, selon les juridictions internes allemandes, céder face au droit à la

---

<sup>1</sup> CEDH, *Tierbefreier E.V. v. Germany*, *Précit.*, § 15. Elle accusait sur son site la Compagnie visée de commettre des meurtres et des actes de torture, *Précit.*, § 16.

<sup>2</sup> CEDH, *Tierbefreier E.V. v. Germany*, *Précit.*, § 15.

<sup>3</sup> CEDH, *Tierbefreier E.V. v. Germany*, *Précit.*, § 17.

<sup>4</sup> CEDH, *Tierbefreier E.V. v. Germany*, *Précit.*, § 16.

<sup>5</sup> CEDH, *Tierbefreier E.V. v. Germany*, *Précit.*, §§ 63-64.

<sup>6</sup> CEDH, *Tierbefreier E.V. v. Germany*, *Précit.*, § 13.

réputation d'autrui<sup>1</sup>. L'arrêt de la Cour strasbourgeoise, ainsi interprété, apparaît dès lors très équilibré, et atteste une fois plus de la volonté de la Cour de n'accepter que des effusions d'amour « raisonnables » envers les animaux dans le cadre du débat sur la condition animale.

Cette ligne directrice se confirme enfin à la lecture de la célèbre affaire *PETA Deutschland c. Allemagne* du 8 novembre 2012<sup>2</sup>. La Cour y refusait de reconnaître la violation de l'article 10 d'une association de protection des animaux (PETA) en raison de l'interdiction d'affichage, en Allemagne, d'une campagne d'information intitulée « l'Holocauste dans votre assiette », et visant à assimiler par le biais de photos aux légendes non équivoques<sup>3</sup>, l'élevage des animaux en batterie et la Shoah. Bien que la Cour rappelle que cette interdiction soit une ingérence dans le droit à la liberté d'expression de l'association requérante, laquelle vaut non seulement « pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent »<sup>4</sup>, la Cour considère une telle ingérence légitime et proportionnée. Ce qui emporte de façon déterminante la conviction de la Cour est le caractère spécifique du passé de l'Allemagne vis-à-vis de l'Holocauste<sup>5</sup>. En aurait-elle fait autant si une telle campagne avait eu lieu en Espagne ou en France ? On peut avancer une réponse positive car l'impact de l'Holocauste, a largement dépassé les frontières allemandes et reste une blessure profonde pour l'Europe toute entière dont la Cour se targue d'être la conscience<sup>6</sup>. N'est-ce pas pour la Cour un moyen d'affirmer que la dignité animale a une portée inférieure à la dignité humaine et que celle-ci ne relève pas de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ? Il n'est pas interdit de la penser, la Cour semblant en effet donner du poids à l'affirmation des juridictions internes selon laquelle la campagne de PETA n'était pas admissible dans la mesure où elle revenait à instrumentaliser la souffrance des victimes de la Shoah en mettant sur un même pied d'égalité la souffrance de ces victimes et celle des animaux élevés en batterie pour la consommation humaine<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> CEDH, *Tierbefreier E.V. v. Germany*, *Précit.*, § 14.

<sup>2</sup> CEDH, req. n° 43481/09, *PETA Deutschland v. Germany*, 8 nov. 2012 ; note SZYMCZAK (D), *RSDA* 2012/2, pp. 122 et suiv.

<sup>3</sup> Les photographies mettant systématiquement côte à côte des photos de détenus des camps de concentration nazis et des animaux élevés en batteries. On pouvait notamment lire les légendes suivantes : « quand il s'agit d'animaux tout le monde devient nazi » ou bien encore « entre 1938 et 1945, 12 millions d'être humains ont été tués au cours de l'Holocauste. Autant d'animaux le sont chaque heure en Europe pour la consommation humaine ».

<sup>4</sup> CEDH, *PETA Deutschland v. Germany*, *Précit.*, § 46.

<sup>5</sup> CEDH, *PETA Deutschland v. Germany*, *Précit.*, § 49.

<sup>6</sup> On fait ici référence à l'ouvrage anniversaire édité par la Cour européenne, *La conscience de l'Europe, 50 ans de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2010.

<sup>7</sup> CEDH, *PETA Deutschland v. Germany*, *Précit.*, § 48.

Il ressort donc de ce panorama de la jurisprudence de la Cour que les amoureux des animaux peuvent trouver en elle une oreille attentive dans la mesure où elle est prête à reconnaître le caractère sincère et sérieux de leur amour pour les animaux et leur protection. Ils trouveront également en elle une garante de leur expression publique de cet amour et un droit à participation, même par des moyens polémiques, à un débat public sur la condition animale. Ils ne trouveront cependant pas auprès d'elle la possibilité de laisser libre cours à toutes les effusions d'amour, aussi sincères soient-elles, la Cour se devant d'aménager un certain équilibre et donc demander aux amoureux transis des animaux de savoir parfois se montrer raisonnables.

Edith Piaf reconnaissait qu'en matière d'amour, elle aussi aurait dû être raisonnable, mais affirmait dans le même temps que « quand on raisonne en amour c'est comme si on le pesait, l'amour n'a pas de limite sinon ce n'est pas de l'amour ! ». Reste alors à savoir si la Cour européenne veut prendre le risque, et jusqu'où, de dénaturer l'amour platonique envers les animaux qu'elle consacre pourtant. L'avenir lui en donnera peut-être, qui sait, l'occasion.

## Le « vivre ensemble » dans la jurisprudence de la Cour EDH en rapport avec le pluralisme religieux

Par Gérard Gonzalez

Professeur à l'Université de Montpellier

IDEDH (EA 3976)

A l'occasion des initiatives prises en France et en Belgique contre le port du voile intégral, *niqab* ou *burqa*, dans l'espace public, la notion de « vivre ensemble » en tant que composante inédite d'un ordre public immatériel a été convoquée dans le débat politique et judiciaire.

La mission d'information sur la pratique du port du voile intégral a conclu que « le port du voile intégral est une atteinte manifeste à notre code social » qui « permet d'assurer dans notre société des règles minimales pour vivre ensemble »<sup>1</sup>.

Les travaux de ont été marqués par l'audition d'Elisabeth Badinter qui a affirmé l'impossibilité de « mettre un mouchoir sur les principes chèrement acquis qui fondent notre 'vivre ensemble' »<sup>2</sup> et par la référence récurrente au philosophe Emmanuel LEVINAS qui a fait de l'importance symbolique du visage un des thèmes central de son œuvre<sup>3</sup>.

Si le Conseil constitutionnel français n'en fait autrement mention que par renvoi à l'appréciation du législateur selon lequel de telles pratiques « méconnaissent les exigences minimales de la vie en société »<sup>4</sup>, la Cour constitutionnelle belge dans son arrêt du 6 décembre 2012 livre une motivation plus circonstanciée établissant nettement le lien entre la conception du « vivre ensemble » et la « société démocratique »<sup>5</sup>. Saisie de la conventionalité de la loi française, la Cour européenne dressera du bout des lèvres un constat de non-violation de l'article 9 garantissant la liberté de pensée, de conscience et de religion en jugeant proportionnée l'interdiction dans le seul but légitime de sauvegarder la vision hexagonale de la notion de « vivre ensemble ».

---

<sup>1</sup> Rapport d'information n°2262, janvier 2010, p. 122.

<sup>2</sup> *Ibid.* pp. 333, 335.

<sup>3</sup> *Ibid.* p. 117.

<sup>4</sup> Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, § 4.

<sup>5</sup> C.C. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, B. 21.

Cette notion innovante n'est pas si nouvelle ? Elle apparaît implicitement comme une composante logique de la vie dans une société démocratique fondée sur le pluralisme, la tolérance.

Dans *Kokkinakis*, la Cour définit la liberté de pensée, de conscience et de religion comme « l'une des assises d'une "société démocratique" (qui) figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents » qui sont implicitement invités, sous le contrôle régulateur de l'Etat, à vivre ensemble leurs convictions respectives puisque aussi bien « il y va du pluralisme - chèrement conquis au cours des siècles - consubstantiel à pareille société »<sup>1</sup>. La notion de « vivre ensemble » telle qu'elle affleure dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est ainsi tour à tour prohibitive, notamment lorsqu'elle se nourrit de conceptions étatiques le plus souvent isolées (I), régulatrice et, parfois, libératrice lorsque, souvent implicite, elle participe de la volonté de promotion d'un modèle européen de « société démocratique » (II).

## **I. De la notion prohibitive de « vivre ensemble » au gré de la promotion du principe de subsidiarité**

L'article 9 de la Convention autorise les ingérences de l'Etat dans les manifestations de la liberté de manifester sa religion pour un motif légitime et à la condition que, prévue par la loi, elle demeure proportionnée au but poursuivi.

### **A. La prohibition assumée.**

L'ingérence de l'Etat sert la pérennisation d'une société vraiment démocratique, ouverte à l'autre mais aussi « apte à se défendre »<sup>2</sup>. C'est de cette logique que participe la jurisprudence relative à l'expression de convictions religieuses relevant d'une incitation à la haine religieuse, d'un fanatisme incompatibles avec la société démocratique<sup>3</sup> et pouvant de ce

<sup>1</sup> CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/Grèce*, § 31, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2015, n°56 (ci-après *GACEDH*).

<sup>2</sup> CEDH, GC, 26 septembre 1995, *Vogt c/Allemagne*, § 59.

<sup>3</sup> Pour le fanatisme religieux par exemple : CEDH, déc. 11 décembre 2006, n° 13828/04, *Kalifatstaat c/Allemagne* ; CEDH, 31 juillet 2007, *Karatepe c/Turquie* ; CEDH, déc. 12 juin 2012, n° 31098/08, *Hizb Ut-Tahrir c/Allemagne* ; pour l'incitation à la haine dirigée contre une religion : CEDH, déc. 20 février 2007, n°35222/04, *Pavel Ivanov c/Russie* : haine des juifs ; CEDH, 10 juillet 2008, *Soulas c/France* : haine des musulmans ;

fait tomber sous le coup de l'article 17 de la Convention interdisant aux ennemis de la liberté d'utiliser les droits et libertés garantis par elle pour saper les valeurs démocratiques<sup>1</sup>. Cette jurisprudence concourt à la sauvegarde des valeurs de la « société démocratique » prônée par la Convention ; le souci étatique rejoint ici l'intérêt commun conventionnel.

De la même façon, la Cour juge clairement que si la Convention européenne n'impose aucune forme particulière pour les relations entre les Etats et les religions, l'Etat théocratique musulman fondé sur la charia et un système multi-juridique ne peut faire partie des options acceptables (*Refah partisi*<sup>2</sup>). La Cour constitutionnelle turque avait prononcé la dissolution du *Refah* en jugeant que les personnes « désirant vivre ensemble » ont pu réaliser leurs aspirations au sein de l'Etat laïque créateur d'un « vaste environnement de civisme et de liberté », la religion entant qu'institution « sociale spécifique » ne pouvant « avoir autorité sur la constitution et la gestion de l'Etat »<sup>3</sup>.

## B. La prohibition concédée.

Plus délicate est la question de manifestations passives des convictions par le port de certains signes religieux pouvant passer pour ostensibles. L'école est le lieu de prédilection de ce genre de confrontation dans les Etats ayant consacré constitutionnellement la laïcité, notion jugée par la Cour « conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention »<sup>4</sup>. L'ingérence étatique est ici acceptable car limitée à un lieu semi-fermé qui peut justifier que l'Etat neutre exige provisoirement la même neutralité des usagers particuliers que sont les élèves<sup>5</sup>.

Plus difficile est l'appréciation de la conventionalité d'une restriction étendue à l'ensemble de l'espace public, la Cour ayant souligné dans un arrêt *Arslan* le caractère réduit de la marge d'appréciation des Etats dès lors qu'il s'agit de réglementer une tenue vestimentaire « dans des lieux publics ouverts à tous comme les voies ou places publiques »<sup>6</sup>. Le contrôle de proportionnalité étant ajusté en fonction de la pertinence du but légitime poursuivi, il faut que

<sup>1</sup> Par exemple CEDH, 14 mars 2013, *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*.

<sup>2</sup> CEDH, GC, 13 février 2003, *Refah Partisi c/Turquie*, GACEDH n°57.

<sup>3</sup> Cité par la Grande chambre, § 40.

<sup>4</sup> CEDH, déc. 30 juin 2009, n°43563/08, *Aktas et a. c/France*.

<sup>5</sup> Il faut souligner ici la divergence de la jurisprudence européenne avec celle du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies qui juge l'interdiction des signes religieux dans les écoles françaises assortie de la sanction la plus sévère du renvoi définitif des élèves récalcitrants contraire à leur liberté de religion : CDH N-U, constatation du 1<sup>er</sup> novembre 2012, *Bikramjit Singh c/ France*. Il convient aussi de corriger un erreur communément commise : l'interdiction de la loi française de 2004 ne concerne pas que des enfants mineurs ; elle s'applique à un lieu, l'école, le collège ou le lycée et dans ce dernier peuvent étudier des majeurs puisqu'aussi bien, outre les mauvais élèves redoublants, certains lycées dispensent un enseignement de type supérieur de deux ans après le bac.

<sup>6</sup> CEDH, 23 février 2010, *Ahmed Arslan c/Turquie*, § 48.

la Cour, pour se démarquer de ce précédent, découvre un but légitime pertinent dans l'affaire *SAS c/France* ; ce sera la conception nationale du « vivre ensemble » qui, en France comme en Belgique, a servi de catalyseur au législateur national et d'alibi aux juges. Avec beaucoup de réserves, elle fait rentrer cette notion dans la catégorie élastique de « protection des droits et libertés d'autrui ». Elle peut ainsi admettre « que la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'État défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble » mais soulignant aussitôt « la flexibilité de la notion de 'vivre ensemble' et le risque d'excès qui en découle »<sup>1</sup>.

Elle s'en remet ainsi très clairement à la seule perception étatique d'un but légitime qui n'est pas sans dangers pour les libertés<sup>2</sup> puis développe un contrôle de proportionnalité appliqué de façon très curieuse. Face à « un choix de société » (§ 153), la Cour minore la cible principale d'une loi faussement neutre (§ 151) et manipule le consensus européen pour sauver la loi française. Elle abdique ici sa propre conception implicite du « vivre ensemble » au profit d'une conception nationale isolée qui aurait dû conduire à un constat de violation.

## **II. De la notion régulatrice et libératrice de « vivre ensemble » selon le modèle européen de « société démocratique »**

### **A. « Vivre ensemble » avec les groupements religieux schismatiques.**

L'Etat peut-il intervenir dans une situation de schisme pour rétablir l'unité d'une église ? *Serif c/Grèce* (14 décembre 1999, *Hassan et Tchaouch c/Bulgarie*, 26 octobre 2000). En conséquence, « des mesures de l'Etat favorisant un dirigeant d'une communauté religieuse divisée ou visant à contraindre la communauté, contre ses propres souhaits, à se placer sous une direction unique constitueraient également une atteinte à la liberté de religion » et « dans une société démocratique, l'Etat n'a pas besoin de prendre des mesures pour garantir que les communautés religieuses demeurent ou soient placées sous une direction unique » (§ 78). Dans la logique de cette jurisprudence constante<sup>3</sup>, la Cour européenne a développé le principe

---

<sup>1</sup> CEDH, GC, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *S.A.S. c/France*, § 122.

<sup>2</sup> YOUSSEF (H), « *SAS v. France*, Supporting 'Living Together' or Forced Assimilation ? », *International Human Rights Law Review*, 2014, pp. 277-302.

<sup>3</sup> CEDH, 13 décembre 2001, *Eglise métropolitaine de Bessarabie et a. c/Moldova* ; 22 janvier 2009, *Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and Others v/Bulgaria* ; 17 juillet 2012, *Fusu Arcadie and Others v/ Moldova*.

de l'autonomie ecclésiastique qui impose à l'Etat, sauf situation extrême, de laisser les églises régler leurs questions internes<sup>1</sup>.

### **B. « Vivre ensemble » avec les sectes.**

La labellisation « secte » peut s'avérer très dommageable pour le groupement à qui elle est accolée. La Cour européenne a toujours défendu l'accès plein et entier à un statut juridique protecteur et non-discriminatoire de ces nouveaux groupements religieux considérés comme « sectes » dans certains Etats parties comme en atteste sa jurisprudence relative aux Témoins de Jéhovah<sup>2</sup>. En même temps elle ne fait preuve d'aucun angélisme et consacre l'obligation positive d'information des Etats sur une question d'intérêt général comme celle relative aux sectes tout en demeurant neutre par rapport au domaine religieux ou philosophique et sans dépeindre un groupe religieux ou philosophique d'une façon diffamatoire et déformée<sup>3</sup>. Un refus d'immatriculation par exemple ne peut pas résulter du simple constat que le groupement concerné serait une secte dangereuse sans éléments concrets et objectifs pour étayer cette motivation abstraite<sup>4</sup>.

### **C. « Vivre ensemble » les différences sans contraintes**

S'il faut choisir une affaire illustrative de cette situation de « vivre ensemble » les différences (le pluralisme) sans contraintes c'est *Lautsi c/Italie* qui paraît la plus emblématique<sup>5</sup>. Ici la contrainte est celle qui pèse sur l'Etat à qui la « loi » interne impose d'accrocher un crucifix dans les salles de classe. La chambre avait jugé incompatible cette obligation avec « le devoir incombant à l'Etat de respecter la neutralité dans l'exercice de la fonction publique, en particulier dans le domaine de l'éducation »<sup>6</sup>. La Grande chambre juge le contraire tirant ainsi les leçons d'un savoir « vivre ensemble » à l'italienne dénué de contraintes pour les usagers, l'Etat étant ici le seul obligé mais bien évidemment consentant puisque lui-même à l'origine de cette règle. La Grande chambre juge ainsi que la visibilité ainsi donnée à ce « symbole essentiellement passif » (§ 72) de la religion majoritaire du pays

<sup>1</sup> GONZALEZ (G), « L'autonomie ecclésiastique au risque relatif des droits de l'homme », *RTDH* 2014, pp. 803-818.

<sup>2</sup> GONZALEZ (G), « Résister aux préjugés par le droit : la jurisprudence de la Cour EDH sur la liberté de religion » in V. FORTIER ET S. LEBEL-GRENIER (Dir.), *Résister : droit et subversion*, Ed. Revue de droit de l'université de Sherbrooke, 2015 spécialement pp. 193-196.

<sup>3</sup> CEDH, 6 novembre 2008, *Leela Forderkreis E.V. et a. c/ Allemagne*, *RTDH* 2009, obs. GONZALEZ (G) : en l'espèce l'usage mesuré du terme « secte » par les autorités allemandes s'agissant du groupe Osho permet à cet Etat de bénéficier d'un constat de non-violation.

<sup>4</sup> CEDH, *Eglise de Scientologie de Moscou c/Russie*, *RTDH* 2011, pp. 199-217, obs. GONZALEZ (G).

<sup>5</sup> CEDH, GC, 18 mars 2011, *Lautsi c/Italie*. TEMPERMAN (J) (dir.), *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 444 pages.

<sup>6</sup> CEDH, 3 novembre 2009, *Lautsi c/Italie*, § 57.

doit être relativisé au vu de plusieurs éléments : d'abord « cette présence n'est pas associée à un enseignement obligatoire du christianisme » ; ensuite « l'Italie ouvre parallèlement l'espace scolaire à d'autres religions ... le port par les élèves du voile islamique et d'autres symboles et tenues vestimentaires à connotation religieuse n'est pas prohibé, des aménagements sont prévus pour faciliter la conciliation de la scolarisation et des pratiques religieuses non majoritaires, le début et la fin du Ramadan sont 'souvent fêtés' dans les écoles et un enseignement religieux facultatif peut être mis en place dans les établissements pour 'toutes confessions religieuses reconnues' » (§ 74).

Cette manière de « vivre ensemble », respectueuse de l'autre sans abdiquer ses propres valeurs, emporte l'adhésion. Evidemment certaines pratiques peuvent passer pour heurter ces valeurs fondamentales mais dès lors qu'elles ne menacent pas la pérennisation du modèle démocratique, parce qu'elles sont le fait d'une minorité ou/et qu'elles apparaissent par trop « exotiques », l'interdiction quasi-générale ne paraît pas la riposte la plus appropriée fut-ce à l'égard de comportements qui suscitent la réprobation. Reste que chaque situation demeure particulière.

Au siècle de la mondialisation, de l'afflux de migrants en « vieille Europe » et d'une barbarie se réclamant d'un islamisme radical, « vivre ensemble » le pluralisme religieux relève de plus en plus d'un véritable défi que les « sociétés démocratiques » doivent relever sans se renier.

## LES LIMITES JURIDIQUES À L'AMOUR POSÉES PAR LA CEDH

**FRANCOIS Jean**

**Étudiant de l'Université Catholique de Lille,**

**MARTIN Camille**

**Étudiante de l'Université d'Artois,**

**PERROT Oriane**

**Étudiante de l'Université d'Aix Marseille.**

Depuis l'Antiquité, l'Amour occupe les philosophes. C'est grâce à Platon dans son écrit *le Banquet*, que la question a acquis ses lettres de noblesse.

Le terme amour dans la Grèce antique faisait référence à quatre sentiments distincts: *l'éros*, *la philia*, *l'agapè* et *la storgè*. La *philia* se rapproche de l'amitié telle qu'on l'entend aujourd'hui. *L'éros* désigne l'attirance sexuelle, le désir. *L'agapè* est l'amour du prochain, dans son approche religieuse. Enfin, *la storgè* décrit l'amour familial.

Aujourd'hui l'amour correspond à une attirance, affective ou physique, qu'en raison d'une certaine affinité, un être éprouve pour un autre être, auquel il est uni ou qu'il cherche à s'unir par un lien généralement étroit. L'amour est considéré comme un lien affectif c'est à dire un amour filial, ou conjugal.

Les limites juridiques à l'amour concernent les situations purement juridiques c'est-à-dire les situations d'ingérence, de restriction ou d'interdiction possible aux articles 8 et 12 de la Convention. Dès lors, il convient aux Etats parties de justifier leurs ingérences dans de tels droits. En effet, au fil de sa jurisprudence, la Cour affirme à maintes reprises qu'il « doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de l'exercice des droits prévus par la Convention »<sup>1</sup>.

Concernant l'article 8 de la Convention, ce dernier peut être soumis à des restrictions, cependant, la marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales est toutefois limitée par deux facteurs énoncés dans le texte de l'article 8 et par un troisième découlant de l'un des

---

<sup>1</sup>CEDH, *Pressos Compania Naviera S.A. Et autres c. Belgique*, 20 novembre 1995, Req. n°17849/91.

principes d'interprétation essentiels. D'abord, il faut démontrer que l'ingérence en cause était nécessaire dans une société démocratique pour une ou plusieurs de ces exceptions. Rien ne permet toutefois de définir clairement dans quels cas c'est à l'Etat de prouver qu'il en était ainsi ou aux requérants de démontrer le contraire. Ensuite, la restriction doit être conforme au droit ou prévue par la loi et enfin, correspondre à un besoin social impérieux<sup>1</sup>.

L'article 12, quant à lui, reconnaît le « droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

### ***De quelles manières la CEDH appréhende-t-elle les limites posées à l'amour?***

C'est ainsi que, la Cour a déclaré qu'il devait exister des contrôles formels adéquats (d'ailleurs ceux-ci n'étant pas nécessairement judiciaires) offrant un dispositif effectif de protection contre tout ciblage arbitraire ou hasardeux<sup>2</sup>.

Pour répondre à cette question nous aborderons dans un premier temps le fait de savoir si la CEDH peut restreindre l'amour et dans un second temps si la CEDH doit restreindre l'amour.

### **I. L'amour peut-il être encadré ?**

#### **A) L'accès au droit au mariage des couples hétérosexuels**

L'article 12 de la Convention consacre qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Le droit au mariage est garanti par la CEDH sans difficultés dans des situations de couples hétérosexuels répondant toutefois à certaines conditions de capacité ou de nécessité d'un âge minimum. Les limites juridiques à l'accès au droit au mariage pour les couples hétérosexuels concernent notamment les situations d'ingérence, de restriction ou d'interdiction possible aux articles 12 et 8 de la Convention. Dès lors, il convient aux Etats parties de justifier leurs ingérences dans de tels droits.

#### *1- Les limites d'âge*

---

<sup>1</sup>CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, Req. n°5493/72, §48-50.

<sup>2</sup>CEDH, *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, Req. n°8691/79, §66-68.

En ce qui concerne les limites d'âges, la CEDH considère que la Convention ne peut pas être interprétée comme imposant à un Etat de reconnaître un mariage contracté par un individu dans un pays tiers et ne répondant pas aux conditions fixées par la loi nationale. Cette solution a notamment été rappelée dans *l'arrêt Z. H. et R. H. contre Suisse*<sup>1</sup>. Dans cet arrêt, les requérants, mariés religieusement en Iran à l'âge de 14 et 18 ans, dénonçaient le refus des autorités suisses de reconnaître leur mariage comme valable et d'en tenir compte dans le cadre de leur demande d'asile. La Cour a conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention.

## 2- La capacité mentale et les situations de handicap

Si le droit de se marier est garanti à partir de l'âge nubile entre l'homme et la femme<sup>2</sup>, il devrait permettre le mariage entre personnes handicapées. Toutefois, l'article 12 de la Convention prévoit également que les lois nationales encadrent l'exercice de ce droit. Il serait ainsi possible de présumer que la Cour accordera une marge d'appréciation aux Etats dans ce questionnement comme elle le fait pour le mariage homosexuel. Or, une telle interprétation violera l'article 12 de la Convention en combinaison avec son article 14. L'interdiction du mariage entre une femme et un homme handicapé est une discrimination fondée sur le handicap. Certes, un handicap n'est pas explicitement mentionné comme motif prohibé mais la jurisprudence de la Cour a notamment affirmé mettre les personnes handicapées à l'abri des discriminations<sup>3</sup>. Par conséquent, la reconnaissance d'un droit au mariage entre personnes handicapées est principalement liée à la capacité des personnes intéressées, c'est-à-dire à la possession de la capacité juridique, nécessaire pour avoir accès au droit au mariage. Dans *l'arrêt Lashin*<sup>4</sup> la Cour a souligné que l'interdiction de se marier était une conséquence directe de la déclaration de l'incapacité juridique du requérant et ne violait pas l'article 12 de la Convention, compte tenu de la constatation d'une violation de l'article 8. Ainsi, afin de contester une violation d'une déclaration d'incapacité il faut alors constater une violation de l'article 8 de la Convention.

---

<sup>1</sup>CEDH, *Z.H. et R.H. c. Suisse*, 8 décembre 2015, Req. n°60119/12.

<sup>2</sup>Convention EDH, article 12.

<sup>3</sup>CEDH, *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, Req. n° 13444/04.

<sup>4</sup>CEDH, *Lashin c. Russie*, 22 janvier 2013, Req. n°33117/02.

## B) L'ouverture de l'union juridique aux couples homosexuels et aux transsexuels

### *1- Couples homosexuels : de la reconnaissance à l'exigence de garanties dans le respect de la marge nationale d'appréciation*

En matière de mariages homosexuels, la Cour s'est tout d'abord attachée à exiger des Etats de reconnaître un statut aux couples homosexuels, avant de procéder de manière graduelle à un rapprochement des droits des couples homosexuels et des couples hétérosexuels. Elle a cependant toujours veillé à respecter la marge nationale d'appréciation des Etats en ne reconnaissant jamais un droit au mariage pour les couples homosexuels. En effet, la Cour a estimé que les Etats n'étaient pas obligés d'autoriser le mariage homosexuel dans son arrêt *Schalf et Kopf contre Autriche*<sup>1</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a ainsi rejeté une demande de deux Autrichiens qui voulaient contraindre les autorités de leur pays de leur accorder le droit au mariage. Cependant, dans l'arrêt *Vallianatos contre Grèce*<sup>2</sup>, la Cour a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. Elle a considéré que l'interdiction de l'ouverture d'un pacte civil pour les couples hétérosexuels constitué bien une violation des droits des couples homosexuels. La Cour a précisé que parmi les dix-neuf États parties à la Convention qui autorisent des formes de partenariats enregistrés autres que le mariage, la Lituanie et la Grèce sont les seuls qui les réservent uniquement aux couples de sexes opposés. Il s'agit là d'une prise de position de la Cour en faveur de l'octroi d'un statut juridique aux couples homosexuels. Toutefois il nous faut relativiser cette avancé, dans la mesure où la Cour considère que l'octroi de ce statut est nécessaire dans les seuls pays où existe un type d'union juridique alternatif au mariage.

On constate une évolution dans l'arrêt *Oliari et autres contre Italie*<sup>3</sup>. En effet, la Cour a décidé que la protection prévue actuellement par la loi italienne pour les couples homosexuels ne répondait pas aux besoins fondamentaux d'un couple engagé dans une relation stable. La Cour a conclu à une violation de l'article 8 de la Convention et reconnaît qu'une union civile ou un partenariat enregistré constituerait le moyen le plus approprié pour les couples homosexuels, tels ceux des requérants, de voir leur relation reconnue par la loi. La Cour a également souligné qu'il existe au sein des États membres du Conseil de l'Europe une tendance à la reconnaissance juridique des couples homosexuels puisque à ce moment 24 des

<sup>1</sup>CEDH, *Schalf et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, Req. n°30141/04.

<sup>2</sup>CEDH, *Vallianatos et autres c. Grèce*, 7 novembre 2013, Req. n°29381/09 et 32684/09.

<sup>3</sup>CEDH, *Oliari et autres c. Italie*, 21 juillet 2015, Req. n°18766/11 et 36030/11.

47 États membres avaient adopté une législation permettant pareille reconnaissance, et que la Cour constitutionnelle italienne avait appelé à maintes reprises à garantir pareilles protection et reconnaissance.

On constate donc qu'en matière d'union de couples homosexuels, la Cour reconnaît maintenant le besoin d'une union civile qui garantit une protection minimale aux membres du couple mais reste cependant loin de se prononcer en faveur du mariage homosexuel.

## 2- le droit au mariage des transsexuels : une opposition entre la Commission et la Cour

En ce qui concerne les couples transsexuels, la jurisprudence de la Cour est marquée par une opposition à la Commission européenne des droits de l'homme car la Cour a longtemps refusé de reconnaître le droit au mariage des transsexuels<sup>1</sup>. Cependant, dans son arrêt *Goodwin contre Royaume-Uni*, la Cour procède à un raisonnement où la marge d'appréciation d'un Etat n'est plus mise en avant. Il s'agissait dès lors d'une obligation imposée aux Etats parties conformément aux valeurs de dignité et de liberté prônées par la Cour. En effet, la Cour considère que « par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Toutefois, le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause »<sup>2</sup>. Ce faisant, la Cour a totalement déconstruit le droit de se marier et de fonder une famille. Il est vrai que le second aspect (fonder une famille) n'est pas une condition juridique du premier (se marier), il est davantage puisqu'il en est la finalité.

Dans l'arrêt *Hamalainen contre Finlande* du 16 juillet 2014<sup>3</sup>, la Cour rend cependant une décision plus conservatrice. En effet, dans cet arrêt, la requérante, de sexe masculin à la naissance, épousa une femme avec qui elle eut un enfant. Elle subit ensuite une opération de conversion sexuelle et changea de prénom mais ne put faire modifier son numéro d'identité sur ses documents officiels de manière à ce qu'il corresponde à son nouveau sexe féminin, cette modification étant soumise à la condition que sa femme consente à ce que leur mariage soit converti en partenariat enregistré. La Cour a alors considéré qu'il n'y avait pas de violation de l'article 8, et que le choix auquel la requérante faisait face, à savoir choisir entre la préservation de son mariage ou la modification de son état civil, respectait bien un juste

<sup>1</sup>CEDH, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, §49.

<sup>2</sup>CEDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, Req. n°28957/95, §98.

<sup>3</sup>CEDH, *Hamalainen c. Finlande*, 16 juillet 2014, Req. n° 37359/09.

équilibre entre les intérêts concurrents. Cette décision fit tout de même l'objet d'une opinion dissidente virulente des juges SAJO, KELLER et LEMMENS qui ont considéré que cet arrêt revenait à imposer à la requérante un choix entre son droit à la vie privée et son droit au mariage.

## **II. La CEDH doit-elle limiter l'amour ?**

La cour se doit de limiter l'amour dans deux cas : celui du respect de la morale, et dans l'intérêt de l'état.

### **A) La « Morale » comme nécessité dans une société démocratique.**

#### *1- les empêchements à mariage en raison de lien familial*

Il faut bien distinguer deux sortes d'empêchement à mariage entre membres d'une même famille: ceux qui découlent d'un lien de sang et ceux qui découlent d'un lien d'alliance.

Tout d'abord, il est à noter que la Cour dans l'arrêt *Dudgeon contre Royaume-Uni*<sup>1</sup> du 22 octobre 1981, affirme que la vie sexuelle fait partie de la vie privée.

Il convient donc d'apprécier le respect de la vie sexuelle comme compris dans l'article 8.

Cependant la Cour rejette tout argument visant à considérer que l'article 8 de la Convention se trouve violé lorsqu'un Etat condamne les relations incestueuses. En effet, la Cour considère dans son arrêt *Stübing contre Allemagne* que la condamnation pénale d'un individu en raison de sa relation incestueuse avec sa sœur cadette ne porte pas atteinte à ses droits conventionnels<sup>2</sup>.

Après avoir relevé qu'il n'existait pas de consensus entre les Etats membres du Conseil de l'Europe sur la question de savoir si des relations sexuelles consenties entre adultes d'une même fratrie devaient ou non être pénalement réprimées, la Cour a conclu, entre autres, que les autorités allemandes bénéficiaient d'une ample marge d'appréciation pour y répondre.

La Cour se doit donc de poser des restrictions quant au mariage entre personnes ayant des liens de sang, en effet cette union apparait contraire à la morale depuis des siècles. D'après le professeur Jean-Pierre Marguénaud, ces limites sont justifiées par des raisons de protection de

---

<sup>1</sup>CEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, Req. n°7525/76.

<sup>2</sup>CEDH, *Stübing c. Allemagne*, 12 Avril 2012, Req. n° 43547/08.

la famille, et au fait que des relations incestueuses, peuvent nuire aux structures familiales et par conséquent à la société dans son ensemble.

Cependant, il est important de se demander si la Cour se doit tout autant de limiter l'amour entre des personnes de même famille qui n'aurait que des liens par alliance?

En effet, c'est dans l'arrêt *B. et L. contre Royaume-Uni*<sup>1</sup>, concernant l'annulation d'un mariage entre un beau père et sa bru que la cour a jugé qu'il y a eu violation de l'article 12 de la convention. Il convient donc de voir que la Cour limite d'avantage les mariages entre personnes unies par un lien de sang, que ceux de personnes liées par un lien d'alliance.

De plus, dans ces exemples il est important de remarquer la présence d'enfants, et donc de se demander s'il en serait-il de même en l'absence d'enfants ? En effet, la protection des enfants est une des principales bases de décision de la Cour.

La cour énonce d'ailleurs que l'empêchement d'un lien d'alliance poursuit un but légitime car il s'agit d'éviter une situation dans laquelle l'enfant serait perturbé par des changements de statuts et de liens entre adultes.

## 2- Le mariage polygame

Il est reconnu à titre préliminaire que le courant majoritaire dans les pays membres du Conseil de l'Europe est l'interdiction de la polygamie.

En effet, la Commission a admis rapidement l'interdiction de la bigamie. Dans l'affaire *X. contre Royaume-Uni*<sup>2</sup>, les juridictions anglaises ont refusé le souhait pour un Pakistanais de se marier, au motif qu'il était déjà marié au Pakistan et que la loi anglaise interdit le mariage en Angleterre de deux personnes dont l'une est engagée dans une union qui n'a pas été dissoute. La Cour considère que les lois nationales qui régissent l'exercice du droit de se marier peuvent prévoir des règles de fond à partir de considérations d'intérêt public généralement reconnues<sup>3</sup>. La cour ajoute dans *l'affaire Johnston et autres contre Irlande*<sup>4</sup>, dans laquelle les faits sont similaires, que l'impossibilité pour les requérants de se marier ne constituait pas une violation de l'article 8 ni de l'article 12, puisque toutes les formes de polygamie peuvent être

---

<sup>1</sup>CEDH, *B. et L. c. Royaume-Uni*, 13 Septembre 2005, Req. n° 36536/02.

<sup>2</sup>Commission Européenne des Droits de l'Homme, décision de la Commission du 22 juillet 1970, Req. n°3898/68, p. 675. (Confirmé par la Commission Européenne des Droits de l'Homme, affaire Sydney Draper c. Royaume-Uni, Req. n°8186/78)

<sup>3</sup>Commission Européenne des Droits de l'Homme, *affaire Sydney Draper c. Royaume-Uni*, Req. n° 8186/78.

<sup>4</sup>CEDH, *Jonhson et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, Req. n° 9697/82.

prohibées par les législateurs nationaux sur le fondement de la nécessaire de préservation de l'ordre public interne.

Cependant, l'article 12 autorise-t-il les autorités nationales à ne pas consacrer les unions polygames valablement célébrées à l'étranger. De ces considérations apparaît donc la question de savoir si la Cour se doit de limiter les relations polygames?

### 3- La pédophilie

Dans l'arrêt *O'Keefe contre Irlande*<sup>1</sup>, la grande chambre a eu ici, à juger d'une affaire ayant trait à des faits de pédophilie commis à de multiples reprises sur une enfant par l'un de ses professeurs. La cour considère d'abord que l'obligation de protection est spécialement accrue pour les enfants confiés au service public éducatif primaire.

La cour se doit donc d'interdire les relations pédophiles au nom de l'intérêt de l'enfant, qui demeure un intérêt suprême pour la Cour, cependant, la cour se fonde dans cet arrêt sur l'intérêt public, en effet, il s'agit d'un critère essentiel selon lequel la cour se doit de limiter l'amour.

### **B) la nécessité de l'encadrement du droit à l'amour dans l'intérêt de l'Etat.**

Les intérêts souverains de chaque état doivent être respectés, c'est pourquoi la Cour Européenne des Droits de l'Homme, bien qu'imposant l'application des différentes règles de sa convention, met un point d'honneur à protéger les souverainetés nationales.

C'est dans cette même logique, que chaque Etat dispose d'une marge d'appréciation, plus ou moins étendue selon les cas, dans la garantie de ses intérêts. Dès lors dans la vie privée, pourtant garantie par l'article 8 de la convention, est permise une ingérence dans un but de protection de l'intérêt public. C'est en ce sens, que la Cour, affirme à travers l'arrêt *Ozpinar contre Turquie*, qu' « il n'y a aucune raison de principe de considérer que la vie privée exclut les activités professionnelles »<sup>2</sup>. Cette affaire a donné l'occasion à la Cour Européenne des Droits de l'Homme de préciser l'étendue et la portée des devoirs déontologiques pesant sur les magistrats, en particulier jusque dans leur vie privée.

---

<sup>1</sup>CEDH, *O'Keefe c. Irlande*, 28 janvier 2014, Req. n°35810/09.

<sup>2</sup>CEDH, *Ozpinar c. Turquie*, 19 octobre 2010, Req. n°2099/04, §45.

De plus, c'est dans l'arrêt *Niemiertz contre Allemagne* que la cour ajoute « qu'il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de "vie privée" comme excluant les activités professionnelles ou commerciales: après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur »<sup>1</sup>.

La cour estime donc que la frontière entre vie privée et vie professionnelle n'est pas étanche, et qu'elle limite le droit à l'amour eu égard à la situation professionnelle de la personne. En effet c'est au travers des professions à caractère étatique, que la Cour s'immisce dans les relations personnelles, la Cour limite donc l'amour dans l'intérêt du pouvoir régalién de l'état. Dans le même sens, la Cour dans l'arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi associés contre France*, admet les restrictions à l'article 8, en considérant que la publication touchant au domaine de la vie privée du prince Albert, compte tenu de l'information de « l'existence d'un enfant illégitime »<sup>2</sup> à un impact sur ses fonctions de chef de l'état monégasque.

Enfin, en ce qui concerne les juridictions françaises, il a lieu de s'interroger sur l'affaire de *terrorisme d'Amédy Coulibali*, dans laquelle celui-ci fut aidé par une compagne d'un ami, qui était gendarme. Cette dernière a été révoquée de son emploi, en effet, pour se protéger l'état énonce une incompatibilité déontologique entre amour et l'emploi.

Cependant, aucune affaire de ce type n'a encore été portée devant la CEDH, c'est pourquoi on pourrait se demander quelle serait son appréciation dans ce cadre?

En conclusion, la Cour se doit de limiter l'amour, dans le but de protéger les intérêts de l'Etat. Cependant, la cour n'a pas eu à traiter d'affaires relatives à des professions qui ne toucheraient pas les institutions publiques, cette question de savoir si la Cour agirait de la même manière si les requérants avait une profession indépendante des services publics, porte à débat.

Finalement, la Cour encadre la notion d'amour à travers ses institutions. Néanmoins son encadrement tend à s'étendre dans des domaines plus subjectifs tels que la moralité et la protection de l'intérêt étatique. De plus, il est à noter que la notion d'amour ne se limite pas à l'union conjugale mais s'étend à une dimension affective à travers l'amour filiale. En effet, la Cour condamne le caractère absolu de l'interdiction d'établissement du lien de filiation entre un père et ses enfants biologiques nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. C'est ce qu'elle

---

<sup>1</sup>CEDH, *Niemiertz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, Req. n°13710/88.

<sup>2</sup>CEDH, *Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France*, 15 avril 2015, Req. n°40454/07.



déclare dans les arrêts *Menesson et Labassee contre France*<sup>1</sup>. Peut-on voir en cet arrêt une évolution des limites à l'amour filiale? Les limites juridiques à l'amour conjugal impacterait-elle sur les limites à l'amour filiale?

---

<sup>1</sup>CEDH, *Menesson et Labassée c. France*, 26 juin 2014, Req. n°65192/11 et 65192/11.

## Propos conclusifs

**Par Véronique Champeil-Desplat**

**Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre**

### Propos conclusifs

Par l'amour, le droit pénètre les entrailles de l'intime, le for intérieur, les sentiments et les passions, les rapports de soi à autrui, les rapports de soi à soi. Personne ne s'étonnera donc que les relations entre l'amour et le droit soient complexes et en tension (1). Le droit peut interdire certaines expressions de l'amour ; il peut en proposer et parfois en imposer des mises en forme. Pour le dire banalement, il définit ce qui est permis, interdit et protégé (2). En conséquence, il nourrit, parfois vainement, des attentes de reconnaissance et de garantie de certaines expressions du sentiment amoureux (3).

#### *1. Le droit et de l'amour : une représentation en tension*

Tout au long de ce colloque, trois principales zones de tension des représentations des relations entre le droit et l'amour sont apparues.

Du point de vue de la philosophie politique, tout d'abord, et plus particulièrement du libéralisme, l'irruption du droit dans la sphère privée et de l'intime, a toujours été perçue comme un danger. Dans cette perspective, la meilleure façon de protéger juridiquement l'amour serait que le droit ne s'en saisisse pas, qu'il l'ignore, qu'il le laisse faire.

Du point de vue philosophie du droit, ensuite, la tension entre le droit et l'amour apparaît comme l'une des déclinaisons de celle, plus générale, entre raison et passion. Tandis que la construction moderne du droit a inscrit ce dernier dans l'ordre de la raison, à l'inverse, l'amour, quelle qu'en soit la définition, relève nettement du registre de la passion. Il ne rencontre le droit que par occasion : pour le meilleur, l'union de deux êtres aimants ; pour le pire, la désunion, s'abimant, à l'extrême, dans le crime passionnel.

A ce titre, et enfin, du point de vue de la sociologie et de la scénographie juridique, la mise en scène publique des interactions entre l'amour et le droit, qu'elle provienne du quotidien des arènes judiciaires ou de représentations fictionnelles, s'inscrit souvent - à l'exception de la *happy end* idéalisée du mariage - dans l'ordre du drame et de la tragédie<sup>1</sup>. Autrement dit, quand le rapport du droit à l'amour quitte la sphère de l'intime et du proche pour être rendu public, c'est pour mettre à jour le décalage du premier avec les expressions hétérogènes et transgressives du second. Les mises en scène fictionnelles des rapports entre le droit et l'amour sont en général négatives à l'égard de ce premier. Elles tendent à dénoncer sa fonction de relais et d'officialisation d'une morale dominante répressive. Le droit et ses juges accentueraient alors la tragédie qui naît d'amours interdits ou incompris par les autres ordres normatifs (moraux, familiaux, religieux...) qui prétendent régir et contrôler au quotidien les rapports intimes et les sentiments. Il ne manque pas de références théâtrales, romanesques ou cinématographiques pour l'illustrer. On ajoutera au film *Casque d'Or* longuement analysé ici par Nathalie Goedert<sup>2</sup>, les représentations dramatiques de l'amour entre personnes de même sexe (*Maurice* de James Ivory, *Philadelphia* de Jonathan Demme), l'amour face aux rivalités familiales (le classique *Roméo et Juliette* et ses multiples adaptations), l'amour face à l'âge (*Mourir d'aimer* de André Cayatte fiction tirée de l'histoire vraie de la liaison d'une professeure de lycée avec son élève), sans compter les mises en scène des jugements de crimes passionnels (entre autres *La vérité* de Clouzot).

Finalement, l'idée simple partagée par ces fictions est que l'amour est au-dessus des lois. La différenciation du registre artistique et du registre juridique se conclut par leur nette opposition et hiérarchisation, au bénéfice, lorsque l'on s'inscrit dans le premier, d'une approche compréhensive de l'amour et d'une dénonciation critique du droit. Toutefois, comme le souligne Nathalie Goedert<sup>3</sup>, de telles tensions ne sont pas seulement dues à la réputation intrinsèquement conservatrice du droit dans le monde artistique. Elle résulte aussi du fait que les représentations cinématographiques, romanesques ou théâtrales, ne cherchent pas la vérité, ni, dans tous les cas, à opposer une vérité (qui serait des celles des incompris) à une autre (en l'occurrence la vérité judiciaire). La fiction artistique, comme toute fiction, repose toujours sur un écart, une mise à distance, avec la ou les vérités construites et

---

<sup>1</sup> Voir contribution de Nathalie Goedert, pp. 11 et s.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

dominantes dans le monde réel et le point de vue profondément subjectivé et singulier, et valorisé comme tel, dans le registre de la création artistique<sup>1</sup>.

## 2. Les mises en forme juridiques de l'amour

Dès lors, si l'on revient à la considération du cadre des procès dans la vie réelle, on y retrouve sans doute la part de tragédie sur laquelle insiste la fiction, mais aussi une part de réception plus fine et complexe des expressions amoureuses. L'observation des pratiques juridictionnelles, en particulier contemporaines, ne donne pas seulement à voir une opposition brutale entre la vérité passionnelle et incomprise de l'amour et la vérité moralisatrice et inflexible du droit. A ce titre, le Cour européenne des droits de l'Homme fournit un corpus privilégié pour analyser la possible complexité de la façon dont le droit saisit l'amour, autrement dit de la mise en forme juridique de l'amour. La Cour européenne est effet supposée être le juge d'Etats qui n'auraient pas suffisamment tenu compte de ce que des histoires d'amour condamnées nationalement sont pourtant susceptibles de trouver une justification dans le droit lui-même, un droit qui s'élargit aux exigences des droits de l'Homme énoncés au niveau européen. L'ensemble des contributions de ces actes ont examiné de façon approfondie différents épisodes de la vie amoureuse à la lumière du droit européen des droits de l'Homme et, partant, de leur appréhension préalable par les juges nationaux. Il est alors apparu que les normes composant les divers ordres juridiques examinés peuvent mettre en forme des moments d'amour (2.1.), mais aussi, non sans parfois quelques difficultés, des expressions et des objets d'amour (2.2).

2.1. Le droit met en forme *des moments* d'amour. Il procède ainsi à une fragmentation juridique de la chronologie des relations amoureuses.

A cet égard, les ordres juridiques libéraux contemporains s'intéressent peu aux premiers amours, aux premiers temps de l'amour. A tout le moins, s'il n'est plus imposé, juridiquement, de consommer le mariage après la conclusion de celui-ci, trouve-t-on encore des interdits relatifs à l'âge, notamment en ce qui concerne les rapports entre les mineurs et les majeurs. Il n'est pas interdit de s'aimer à tous âges, mais il peut être interdit de consommer sexuellement cet amour, sous peine de condamnation, selon les ordres juridiques, pour détournement de mineurs (cas évoqué de l'affaire Gabrielle Russier mise en scène dans *Mourir d'aimer*), ou viol (affaire Roman Polanski).

---

<sup>1</sup> Voir Nathalie Heinich, *Des valeurs. Une approche sociologique*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Sciences humaines », 2017.

Mais le droit fait principalement irruption dans l'évolution des rapports amoureux pour proposer des mises en forme et des effets propres à l'union qui en naît (mariage, union civile, concubinage, présomption de paternité...). Ce faisant, il gère aussi son inscription dans la continuité. Toutefois, amour et union juridique ne vont pas toujours de pair. Toute union juridique ne résulte pas nécessairement d'un amour (mariage d'intérêt, mariage forcé...); tout amour n'aboutit pas à une possibilité ou à un désir de mise en forme juridique : amours furtifs, amours libres, amours délibérément adultérins, amours à plusieurs, amour entre personnes du même sexe dans certains Etats, amours incestueux, nécrophiles ou zoophiles... L'impossibilité de sceller certains sentiments amoureux dans les formes du droit n'exclut pas la possibilité de vivre son amour ; elle n'exclut pas tout *droit à l'amour*, bien que celui-ci n'ait jamais été affirmé en tant que tel par un texte juridique ou un par un juge<sup>1</sup>.

Enfin, le droit se saisit aussi de l'amour qui s'achève ainsi que de l'union sans amour : nullité du mariage, séparation de fait, de bien, divorce et, dans les cas les plus tragiques, élimination physique de ce qui est ou fut l'objet d'amour : crime passionnel, légitime défense (cas Jacqueline Sauvage).

2. 2. Le droit procède par ailleurs à des mises en forme *des expressions et des objets* de l'amour. Il délimite ce qui est permis ou interdit : interdiction de l'inceste ou de relations avec les mineurs d'un certain âge, interdiction d'actes nécrophiles ou zoophiles, interdiction de propos incitant à la haine ou à la commission d'actes criminels au nom de l'amour d'un Dieu ou d'un club sportif ; à l'inverse, promotion de l'amour de la patrie, de l'environnement<sup>2</sup>, du vivre ensemble<sup>3</sup>, protection de l'expression pacifique de son amour pour un Dieu...

Les diverses expressions de l'amour ne sont pas toujours aisées à saisir ni à garantir au moyen des catégories juridiques classiques. La sensibilité accrue des autorités publiques à de nouveaux objets d'amour pose plusieurs difficultés. Les premières peuvent tenir à l'identification et à la personnalisation juridique du sujet de droit aimant. Ceux qui se revendiquent comme sujet aimant ne se présentent pas toujours sous la forme d'une personne physique. Il peut s'agir de collectifs : communauté d'habitants, de populations indigènes, d'adorateurs, de supporters... Les ordres juridiques peuvent également être confrontés à des

---

<sup>1</sup> Voir les contributions de Fanny Vassuer-Lambry (p. 3 et s.) et des équipes des universités de Lille, Artois, et Aix Marseille, pp. 66 et s.

<sup>2</sup> Voir la contribution des étudiants de l'IEJ Lyon et de l'université de Cergy, pp. 38 et s.

<sup>3</sup> Voir la contribution de Gérard Gonzales, pp. 60 et s.

façons différenciées d'aimer qu'il faudra hiérarchiser ou concilier. Par exemple, la façon dont les écologistes et les chasseurs aiment la nature s'avèrent inévitablement conflictuelle à l'approche de la question de la vie animale<sup>1</sup>. Le droit peut enfin éprouver des difficultés à sanctionner ceux qui font obstacle à l'amour. Comment s'en prendre à une éolienne qui obstrue la contemplation amoureuse du paysage ? Comment juger celui qui empêche ou offense l'amour d'un Dieu au regard de la liberté d'expression ?

### 3. Les attentes juridiques des aimants

Si, on l'a évoqué, au regard de l'éthique libérale, l'irruption du droit dans les relations intimes que constituent par excellence les relations amoureuses, suscite la méfiance, une position de totale indifférence juridique présente aussi ses limites et ses dangers. La liberté n'est facteur de contentement de tous que si les rapports de force sociaux et moraux ne conduisent pas à exclure certaines expressions de l'amour ou à en imposer d'autres. A l'abord de l'intime et de l'amour, le libéralisme contemporain s'exprime alors avec le vocabulaire de la non-discrimination (cas des personnes de même sexe ou des transsexuels), du respect de la volonté individuelle, de la dignité et de la vie privée et de la protection des personnes vulnérables (opposition aux mariages forcés, à la pédophilie).

Dans ce contexte, il est attendu du droit, non plus son indifférence, mais qu'il punisse ceux qui empêchent d'aimer (et inversement, forcent à aimer), ou qu'il rende possible la réalisation et l'officialisation des sentiments et des actes amoureux (mariage entre personnes du même sexe, amour en prison admirablement exposé par David Schots<sup>2</sup>). Il est aussi, par conséquent, attendu du droit et de ses juges de régler des questions qui étaient auparavant soustraites au mode de résolution juridique, ou bien parce qu'elles étaient occultées et invisibilisées, ou bien parce qu'elles étaient réglées dans d'autres cadres : la famille, le chef religieux, le groupe social... Porter son amour devant la Cour européenne des droits de l'Homme ne signifie néanmoins pas que la dimension morale ou sociale des problèmes soit contournée, ni *a fortiori* qu'elle ait disparue. Porter son amour devant la Cour signifie que certains individus n'hésitent plus aujourd'hui à changer les lieux et les modes de résolution habituels des conflits touchant leur intimité. Défendre un sentiment amoureux sous la forme juridique la plus élevée de l'arène juridictionnelle conduit à déplacer l'intime vers l'espace public, autrement dit à publiciser l'intime en rappelant sa dimension politique. Car devant la Cour européenne des droits de l'homme, ce ne sont pas seulement des sentiments individuels

---

<sup>1</sup> Voir la contribution des étudiants de l'IEJ Lyon et de l'université de Cergy, *précit.*

<sup>2</sup> pp. 32 et s.

et personnels qui s'expriment ; ce sont aussi des politiques publiques et législatives qui sont jugées.

Depuis les années 1970, la Cour européenne a été un incontestable fer de lance de la lutte contre les discriminations et du respect de la vie privée pour nombre de questions relatives aux sentiments amoureux. Le cas des relations homosexuelles passées en quelques décennies, dans plusieurs Etats européens, du statut de crime à celui d'union pouvant s'inscrire dans le cadre ô combien traditionnel et protégé du mariage, en reste le meilleur exemple<sup>1</sup>.

Toutefois la Cour européenne n'est pas un remède à tout. Elle n'accueille pas non plus tout moyen. Certaines attentes, certains espoirs peuvent donc être déçus<sup>2</sup>. Les explications sont diverses. On peut ici évoquer le caractère hétérogène des attachements idéologiques et moraux de ses membres. Il suffit de lire les décisions et leurs opinions dissidentes pour se rendre compte que les juges de la Cour de Strasbourg ne déploient pas tous des conceptions optimales des droits et libertés et, en tout cas, ne partagent pas celles soutenues par les requérants. Ils sont appelés à délibérer, à composer entre différents soubassements axiologiques qui rejaillissent inévitablement quand on juge l'amour. Par conséquent, à l'instar de la mise garde que formulait le libéralisme du XIX<sup>ème</sup> siècle à l'égard de l'immixtion des autorités publiques dans la sphère privée, distance peut ici être prise avec l'idée reçue que les juges contemporains, y compris lorsque c'est leur mission, garantissent nécessairement les droits et libertés, *a fortiori*, les protègent à la hauteur des prétentions des parties. L'appel au juge peut se révéler être un jeu aussi risqué que celui de l'amour. Si la pluralité des points de vue que la collégialité implique, les contraintes de cohérence argumentative ou les exigences de motivation sont aux nombres des garanties procédurales que les décisions juridictionnelles ne sont pas abandonnées à l'arbitraire des préjugés personnels, les juges - y compris, et peut être surtout, ceux de la Cour européenne des droits de l'Homme -, ne sont gardiens de rien d'autres que de leur propre morale, mise à l'épreuve de celle de leurs collègues et des attentes des requérants.

---

<sup>1</sup> Voir la contribution « Droit, amour et liberté : l'union homosexuelle » par les conseillers juridiques des équipes des universités de Lyon 3, Limoges et Tours, pp. 26.

<sup>2</sup> Entre maints exemples, on peut évoquer le cas de la police du cinéma en France, Jérémy Mercier, « Le juge administratif et le sens des images. Les mutations des techniques contentieuses du contrôle des visas d'exploitation », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 11 | 2017, mis en ligne le 10 janvier 2017, <http://revdh.revues.org/2874>.