

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (2° SECT.), 16 DÉCEMBRE 2003, 64927/01, PALAU-MARTÍNEZ C. FRANCE

.....

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Professeur à l'Université de Rouen; Directeur du Centre de Recherches et d'Etudes sur les Droits de l'Homme et le Droit Humanitaire.

Mots clés: Vie familiale – Divorce – Droit de garde des enfants – Religion – Témoins de Jéhovah – Discrimination.

Gare aux motivations judiciaires qui stigmatisent grossièrement l'appartenance religieuse en matière d'exercice des droits parentaux. "Le débat sur le voile à l'école" porté sous les feux médiatiques suite aux travaux de la "Commission Stasi" (rapport du 11 décembre 2003 publié dans *Le Monde* du 12 décembre), aurait presque fait oublier que le fait religieux – bien précieux du "for intérieur" – peut se manifester également, et peut-être avant tout, dans l'espace restreint du cercle familial. Toutefois, quand celui-ci se délite et se solde par un divorce, la pratique religieuse d'un des parents peut devenir un sujet supplémentaire de discorde entre les ex-époux, notamment quand se trouve en jeu la garde des enfants. L'affaire *Hoffman c. Autriche* du 23 juin 1993 (série A 255-C) avait été une première manifestation de cette dialectique: le juge européen n'avait pas hésité à condamner l'Autriche dans la mesure où ses tribunaux avaient attribué l'exercice de l'autorité parentale au père en se basant sur la seule qualité de Témoin de Jéhovah de la mère pour la lui refuser. Avec l'affaire *Palau-Martinez*, c'est à un *bis repetita* auquel on assiste.

La requérante s'était vue confier la garde de ses deux enfants par le Tribunal de Grande Instance de Nîmes, son mari ayant abandonné le domicile conjugal afin de vivre avec sa maîtresse. L'exercice de l'autorité parentale était toutefois conjoint et le père bénéficiait d'un droit de visite et d'hébergement s'exerçant librement. Insatisfaite des conditions matérielles et financières de l'exercice de l'autorité parentale, Mme Palau-Martinez fit appel de ce jugement, tandis que son ex-mari – bravant le jugement de première instance – en profitait pour garder ses enfants et refuser qu'ils puissent retourner vivre avec leur mère à Valence (Espagne). Alors que l'arrêt de la Cour d'appel donnait satisfaction à la requérante sur l'allocation d'une prestation compensatoire, elle lui déniait toutefois le

droit de résider avec ses enfants sur la base d'une motivation qui, le moins que l'on puisse dire, ne laissait guère de doute sur la perception négative des juges sur les pratiques des Témoins de Jéhovah. La maladresse de l'argumentation de la Cour d'appel est telle, qu'il apparaît opportun d'en reproduire les passages les plus révélateurs: "Attendu que les règles éducatives imposées par les Témoins de Jéhovah aux enfants de leurs adeptes sont essentiellement critiquables en raison de leur dureté, de leur intolérance et des obligations imposées aux enfants de pratiquer le prosélytisme; attendu que l'intérêt des enfants est d'échapper aux contraintes et interdits imposés par une religion structurée comme une secte; attendu qu'il n'y a pas lieu de procéder à une enquête sociale qui, en l'état, ne pourrait que perturber les enfants." Sur la base de ces considérations, la cour d'appel estima – contrairement au premier jugement – qu'il convenait de fixer la résidence des deux enfants mineurs au domicile du père, tandis que la Cour de Cassation (arrêt du 13 juillet 2000) confirmait l'arrêt d'appel.

Une telle motivation ne fut pas admise par la Cour européenne qui releva – pour la condamner – la "différence de traitement reposant sur la religion de la requérante, au nom d'une critique sévère des principes d'éducation qui seraient imposés par cette religion." (§38). Ce constat réprobateur effectué, il restait toutefois à déterminer si une telle discrimination était motivée "par une justification objective et raisonnable" conformément à une jurisprudence classique et abondante en la matière (*ad ex. Darby c. Suède*, 23 octobre 1990, série A n°187) (§39). Ainsi, il fallut que le juge européen identifie le "but poursuivi". A cet égard, il ne put que constater qu'il était non seulement présent ("protéger l'intérêt des enfants"), mais aussi et surtout "légitime". Il fallut également que la Cour européenne établisse le rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés, c'est-à-dire la fixation de la résidence des enfants au domicile de leur père, et le but poursuivi. Or,

ici, les reproches adressés au juge français (*i.e.* la cour d'appel), sont de deux ordres (§42): *primo*, une motivation *in abstracto* effectuée "en fonction de considérations de caractère général" et qui n'a démontré à aucun moment, «l'influence de la religion de la requérante sur l'éducation et la vie quotidienne des enfants»; *secondo*, le refus d'accéder à la requête de Mme Palau-Martinez qui avait pourtant réclamé la tenue d'une enquête sociale "pratique courante en matière de garde d'enfants". Or, cette enquête aurait justement permis de "réunir des éléments concrets sur la vie des enfants avec l'un et l'autre de leurs parents et sur les incidences éventuelles de la pratique religieuse de leur mère sur leur vie et sur leur éducation.» Les dés étaient jetés : la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 était donc prononcée par la Cour qui ne jugea pas nécessaire de statuer tant sur l'article 8 pris isolément, que sur la violation alléguée des articles 6§1 et 9 pris isolément et combiné avec l'article 14. Pour la petite histoire des pratiques judiciaires, alors qu'elle allouait 10.000 euros à la requérante au titre du préjudice moral, elle refusa de prendre en charge la partie des honoraires de l'avocat qui correspondait à une consultation d'un professeur d'université d'un montant de 4573,47 euros. Et la Cour d'affirmer sèchement, que "compte tenu de la nature de l'affaire et du précédent jurisprudentiel existant, la consultation demandée à un universitaire n'était pas nécessaire et que l'avocat de la requérante aurait pu procéder lui-même aux recherches nécessaires." Autant dire que cette incise devrait décourager plus d'un avocat à se retrancher derrière les confortables expertises universitaires plus rapides et simples à solliciter qu'à effectuer; surtout, elle devrait attirer la vigilance de leurs clients sur la pertinence effective de recourir à ce genre de consultations qui ont comme effet immédiat d'alourdir la note d'honoraires à régler...

Si les juges avaient été particulièrement divisés dans l'affaire *Hoffman* – puisque quatre sur cinq avaient pris le soin d'émettre des opinions séparées où ils regrettaient que le bien-être des enfants n'ait pas prévalu devant les "dogmes" d'une "secte religieuse" (*dixit* le juge Walsh) – dix ans plus tard, on ne relève qu'une seule voix dissidente, celle du juge Thomassen. Autre temps, autres mœurs. La question du statut ou non de religion des Témoins de Jéhovah n'est plus un enjeu de la dissidence. Si de traitement discriminatoire il ne fut point question selon le juge minoritaire entre les parents, il releva cependant l'opportunité qu'il y aurait eu à condamner la France sur la base du seul article 8 pour défaut de participation de la mère au processus décisionnel qui a amené la cour d'appel à lui retirer le droit de résidence avec ses enfants. Et de rappeler "l'acte illégal" du père qui ne s'est pas conformé au premier jugement ; surtout, de pointer du doigt sa "confirmation" par la cour d'appel qui, ce faisant, a privé

la mère de son droit à la vie familiale avec ses enfants. Une telle violation ne pouvait se justifier sans entendre les enfants et/ou ordonner une enquête sociale. Sans le dire, le juge dissident faisait ici référence à la jurisprudence *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2000 dont on sait qu'elle étendit la protection procédurale des droits parentaux (CEDH, *W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A 121 A) aux procédures concernant l'autorité parentale. On pourra regretter sur ce point que la Cour ait opté *in fine* pour une évidente économie de moyens et qu'elle n'ait pas étoffé le versant procédural de sa jurisprudence en reconnaissant *expressis verbis* que l'absence d'enquête sociale était une violation du droit procédural à la vie familiale de la requérante.

CEDH, 9 janvier 2003, *L. et V. c. Autriche* (Section I)

et CEDH, 9 janvier 2003, *S. L. c. Autriche* du 9 janvier 2003 (Section I).

Mots clés: Discrimination – Différence de l'âge de consentement entre homosexuels et hétérosexuels / lesbiennes – Violation – Unanimité (Article 14 combiné avec article 8)

La banalisation du contentieux homosexuel devant la Cour de Strasbourg pourrait faire oublier, y compris au lecteur attentif, que la notion de "victime potentielle" est décidément entrée dans les us et coutumes méthodologiques du juge européen, au point qu'il ne discute même plus ce qui est pourtant une dérogation de nature prétorienne à la lettre de l'article 34 de la Convention. L'*actio popularis* apparaît ainsi systématique pour les requérants homosexuels qui se plaignent d'une législation discriminatoire sous l'empire de laquelle ils sont susceptibles de tomber. Initiée avec l'arrêt fondateur *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, confirmée avec les arrêts non moins célèbres *Norris c. Royaume-Uni* du 26 octobre 1988 et *Modinos c. Chypre* du 22 avril 1993, elle se poursuit ici avec l'arrêt *S.L. c. Autriche* du 9 janvier 2003¹, après avoir été réitéré plus discrètement dans l'affaire *Sutherland c. Royaume-Uni* (v. Comm.EDH, rapport du 1^{er} juillet 1997, req. n°25186/94), celle-ci ayant été *in fine* radiée du rôle (arrêt du 27 mars 2001).

La "victime" est un jeune homme qui se plaint de ne pas avoir pu entretenir de relations sexuelles avec un homme adulte de plus de dix-huit ans. La sévérité de la législation pénale autrichienne qui érigeait en infraction les actes sexuels entre un adulte et une personne du même sexe âgée de 14 à 18 ans – en incriminant l'adulte – l'en ayant irrémédiablement dissuadé. Ainsi, le seul maintien en vigueur de l'article 209 du Code pénal – encouragé en son temps par la Cour constitutionnelle qui estima que cette disposition

n'enfreignait pas le principe d'égalité (Cour Const. autrichienne, 3 octobre 1989) – a empêché le requérant de s'épanouir sexuellement – violant ainsi sa vie privée (dont on sait qu'elle inclut les aspects les plus intimes de celle-ci, *i.e.* sa vie sexuelle), contrairement aux hétérosexuels et aux lesbiennes pour qui l'âge de consentement aux relations sexuelles était fixé à 16 ans.

L'arrêt ne frapperait pas autant s'il n'était pas lu de façon combinée avec l'affaire *L. et V. c. Autriche* rendue le même jour et qui reprend, à l'identique, le même argumentaire. Or, il y a pourtant une différence essentielle entre les deux espèces: *L.* et *V.* – nés respectivement en 1967 et 1968 – ont été condamnés pour avoir eu des relations sexuelles avec des adolescents âgés de 14 à 18 ans, autrement dit pour avoir enfreint les dispositions du Code pénal autrichien, tandis que *S.L.* n'a pas voulu les enfreindre de peur de voir un partenaire éventuel tomber sous le coup d'une condamnation pénale. La démarche de la Cour n'est pas critiquable sur le fond ; elle l'est assurément sur la forme. Ne pas rappeler dans l'affaire *S.L.*, même de façon laconique, que la notion de "victime potentielle" est une dérogation – de taille – à la particularité du recours individuel qui a pour fondement axiologique l'existence de l'application *in concreto* à un individu d'une "loi" (au sens européen du terme), c'est banaliser la dérogation, c'est banaliser le flou conceptuel et pratique entre les requêtes individuelles et inter-étatiques. On pourrait rétorquer, en guise de contre-attaque argumentaire, que la technique qui permet de stigmatiser *in abstracto* une législation manifestement inconventionnelle a permis à la Cour de reléguer aux magasins des souvenirs juridiques et politiques la pénalisation de l'homosexualité en tant que telle (v. arrêts précités *Dudgeon, Norris et Modinos*). Elle ferait de même ce faisant avec la pénalisation des actes homosexuels masculins effectués entre adultes et adolescents âgés de 14 à 18 ans. Or ici une fois encore, le bât blesse. Si aujourd'hui en Autriche la Cour constitutionnelle (Cour const. Autrichienne, 21 juin 2002) comme le législateur (réforme du code pénal entrée en vigueur le 14 août 2002), ont fini par se rallier au principe de non-discrimination à l'endroit des homosexuels, ce n'est certes pas à la suite de ces deux arrêts de condamnation, *postérieurs aux réformes*. Les condamnations à l'unanimité de l'Autriche (pour violation de l'article 8 combinée avec l'article 14) mettent

à l'index une législation qui, au moment du prononcé des arrêts, n'était plus en vigueur. Certes, la chose n'est pas inédite, mais elle aurait d'autant plus mérité que la Cour rappela en un paragraphe de principe sa doctrine sur la notion de "victime potentielle", à tout le moins dans l'affaire *S.L.* Au lieu de cela, le juge strasbourgeois s'évertua à suivre le chemin tracé par la Commission européenne dans l'affaire *Sutherland* qui, s'appuyant sur le verdict des experts psychiatres (de façon excessive?) et arc-boutée sur l'existence d'un "consensus européen"² avait décidée de mettre fin à sa doctrine antérieure qui, pendant longtemps pourtant, n'avait trouvée rien à redire à la législation pénale discriminatoire autrichienne (Comm.EDH, décision du 13 mai 1992, *Z c. Autriche*; Comm.EDH, 26 juin 1995, *H.F. c. Autriche*). Dans ce contexte, la Cour minimisa la différence avec l'affaire britannique : le fait qu'en droit autrichien le mineur homosexuel ne soit pas condamné ne fut pas jugé central, tandis que fut à l'inverse valorisée l'existence du fameux "consensus" entre les Etats membres du Conseil de l'Europe (§42, *S.L.*; §50 *L.* et *V.*).

Condamner à l'unanimité l'Autriche pour une législation obsolète, sur la base d'une notion qui ne fut à aucun moment rappelée, celle de "victime potentielle" (arrêt *S.L.*), n'a pas suffi pas à la Cour. S'écartant des précédents *Dudgeon, Norris et Modinos*, elle alloua 5.000 euros au requérant pour dommage moral. Et d'expliquer rapidement que ces arrêts fondateurs avaient été rendus il y a plus de vingt et dix ans (laissant sous-entendre qu'ils ne pouvaient plus être sur ce point des références) et qu'elle accordait de l'importance "au fait que le requérant ait été empêché de nouer des relations sexuelles correspondant à son orientation jusqu'à l'âge de dix-huit ans" (§52). Si on peut comprendre que dans l'affaire quasi-jumelle du même jour, les requérants *L.* et *V.* aient quant à eux perçu respectivement 15.000 euros pour dommage moral du fait de leur condamnation et du préjudice découlant de leur procès où les aspects les plus intimes de leur vie sexuelle ont été fustigés publiquement (§60), on pourra se montrer plus circonspect sur l'allocation pécuniaire allouée à *S.L.* à l'instar de trois juges dissidents. "Victime" sans avoir eu à subir la législation pénale discriminatoire autrichienne, "dédommagé" pour ne pas avoir pu suivre ses dispositions d'ordre sexuel... La Cour n'en fait-elle pas trop?

NOTES

1. Il est uniquement disponible en anglais à l'instar de l'arrêt *L. et V. c. Autriche*.
2. Consensus démontrant une équivalence de l'âge de consentement aux relations sexuelles entre les homosexuels et les hétérosexuels / lesbiennes.