



OBSERVATIONS EN TIERCE INTERVENTION

Soumises à la Quatrième Section

Cour Européenne des Droits de l'Homme

Dans les affaires

***Babiarz c. Pologne,
Gajewski c. Pologne, et
Piotrowski c. Pologne***

(Requêtes n^{os} 1955/10, 8951/11 et 8923/12)

European Center for Law and Justice

À Strasbourg, le 12 novembre 2014

Rédigées par
Grégor Puppinck,
Directeur de l'ECLJ

Assisté par
Andreea Popescu,
Juriste à l'ECLJ

Le mariage est d'intérêt public

1. Le mariage a un intérêt public en ce que sa finalité est familiale, à l'inverse des relations affectives hors mariage dénuées d'une telle finalité et qui relèvent de la vie privée.

2. La Commission des droits de l'homme disait clairement que le mariage est « *une institution qui s'inscrit dans le cadre de la société* »¹. Par le mariage, les époux prennent un engagement public. Il ne s'agit donc pas seulement d'un choix de vie individuel, mais aussi d'une décision sociale. Les époux décident non seulement de s'unir mais aussi d'inscrire cette union dans la société. Le fait de prendre leur engagement publiquement est constitutif du mariage : un mariage secret est dans la plupart des cas nul². Cette publicité permet si nécessaire la protection par les tribunaux du conjoint lésé, et contribue à la paix sociale. En contrepartie de l'engagement des époux mutuellement et à l'égard de la société dont ils assurent l'avenir, ils reçoivent une protection de la part de la société, et une contrepartie – en particulier fiscale - de leur contribution à la société du fait de la génération et de l'éducation d'enfants. Le caractère social de l'institution du mariage apparaît aussi en ce que le mariage confère la nationalité : le mariage avec un national fait entrer l'étranger dans la société en lui conférant la nationalité.

3. Il est important pour la société que les familles soient stables et puissent remplir leur rôle. Outre le milieu de la procréation et de l'éducation des enfants, de la transmission de la culture, la famille est aussi le premier lieu de la solidarité, en particulier entre les générations. L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe a rappelé l'importance de la famille en période de crise et son rôle vital pour le tissu social³.

4. *A contrario*, des familles inexistantes ou éclatées génèrent un coût considérable pour la société. Les études montrent l'impact des ruptures des parents sur le développement des enfants : la probabilité de se trouver en échec scolaire, d'avoir des problèmes de santé (anorexie, boulimie, dépression...), de consommer de la drogue ou d'avoir un comportement violent est fortement augmentée. La rupture des couples est aussi un facteur de pauvreté, de chômage et de problèmes de logement. La protection de la famille est donc non seulement un devoir mais aussi un intérêt majeur de la société.

La famille est reconnue comme la cellule fondamentale et naturelle de la société

5. Le préambule de la Convention relative aux droits de l'enfant précise : « *la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté* ».

Elle est nommée « *la cellule fondamentale de la société* »⁴, « *l'élément naturel et fondamental de la société* »⁵, l'« *unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le*

¹ *Jolie c. Belgique*, n° 11418/85, 14 mai 1986.

² Cf. art. 191 du code civil français ; le droit canon l'accepte dans des cas graves et urgents, avec l'autorisation de l'évêque (canon 1130).

³ Résolution 1720 (2010) « *Investir dans la cohésion familiale en tant que facteur de développement en temps de crise* ». Elle affirmait notamment : « *La cohésion de la famille est source d'innombrables valeurs spirituelles et avantages matériels, qui sont souvent tenus pour acquis, comme la paix, la stabilité, la cohésion et la solidarité, l'éducation des enfants, les services informels et d'assistance, les soins, la liberté et la responsabilité, le bien-être, l'épargne, la stabilité économique et la solidarité entre les générations* » (§ 2).

⁴ Charte Sociale européenne, 1961.

⁵ Article 16 § 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, article 23 §§ 1 et 2 du Pacte International sur les droits civils et politiques de 1966, article 10 § 1 du Pacte International sur les droits économiques, sociaux et culturels de 1966, 5^{ème} et 6^{ème} considérants du Préambule de la Convention sur les droits de l'enfant, article 16 de la Charte Sociale européenne (révisée) de 1996, article 33 de la Charte des droits

bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants »⁶.

La famille mérite la protection de la société en raison de ses enfants

6. Ainsi, la famille « a droit à la protection de la société et de l'Etat »⁷ et à « l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté »⁸ qui doit être « aussi larges que possible, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge »⁹. Cette protection doit être « sociale, juridique et économique appropriée pour assurer son plein développement »¹⁰.

7. La famille, fondée sur le mariage, a donc un rôle structurel dans la société, assurer la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants, ce qui engendre des devoirs de la part de l'Etat, comme le rappelle l'article 23 du Pacte relatif aux droits civils et politiques : « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat ». Cette reconnaissance de la famille comme fondement de la société est toujours d'actualité : elle a été régulièrement réaffirmée, notamment dans la Convention relative aux droits de l'enfant (1989) et dans la Charte sociale européenne révisée (1996) : « En vue de réaliser les conditions de vie indispensables au plein épanouissement de la famille, cellule fondamentale de la société, les Parties s'engagent à promouvoir la protection économique, juridique et sociale de la vie de famille » (art. 16).

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels pose en son article 10 que : « une protection et une assistance aussi larges que possible doivent être accordées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge. ». Cette dernière disposition montre bien la relation naturelle réunissant les enfants, leurs familles et la société. C'est en ce que la famille est « l'élément naturel et fondamental de la société », en ce qu'elle contribue de façon constitutive au premier bien commun qui est la survie de la société, c'est pour ces motifs naturels, préexistants au droit positif, que la société accorde un statut spécial au mariage afin de protéger la famille.

Le droit de se marier résulte de la volonté de fonder une famille

8. Le droit de se marier n'a pas été conçu comme un droit autonome ; c'est la faculté de fonder une famille qui donne son sens au droit de se marier. Le droit de se marier est presque accessoire à celui de fonder une famille : il est un instrument à son service. La Cour souligne avec constance que le mariage est le cadre institutionnel et même le fondement de la famille : « le but poursuivi [de l'article 12] consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille »¹¹. Cela apparaît aussi dans toutes les déclarations de droits : ainsi, par exemple, la récente Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne parle pas du « droit au mariage » mais du « droit de se marier et droit de fonder une famille » (Art.9) : se marier et fonder une famille est un unique et même droit. L'article 16 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme indique de même qu'à « partir de l'âge nubile, l'homme et

fondamentaux de l'Union européenne de 1989, les Résolutions 1720 (2010) 1864(2012) de l'APCE des 19 janvier 2010 et 27 janvier 2012 respectivement.

⁶ Convention internationale des droits de l'enfant.

⁷ Les articles 16 § 3 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme et 23 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁸ Convention internationale des droits de l'enfant.

⁹ Article 10 § 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

¹⁰ Article 16 de la Charte sociale européenne révisée et article 33 § 1 de la Charte des droits fondamentaux.

¹¹ *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, n° 22985/93 et 23390/94, [GC], 30 juillet 1998, § 66.

la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille ». Il en est de même du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 qui pose, à l'article 23.2 que le « *droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile.* »

9. On voit à travers ces formulations que le mariage est une institution au service de la famille : le mariage est un instrument au service de la finalité qu'est la famille. Ainsi, les conditions et empêchements au mariage ne sont pas arbitraires, mais sont des conséquences de la finalité du mariage. Ces conditions sont avant tout naturelles : elles visent l'âge nubile, c'est-à-dire l'aptitude à procréer, la différence des sexes des époux, qui est aussi une condition à la procréation, les liens de consanguinité, qui font obstacles à une saine procréation.

Le droit européen et international ne reconnaît pas un « droit au divorce »

10. Si le droit international reconnaît un droit au mariage, il ne reconnaît pas de droit au divorce. Ce fut aussi le cas de nombreux Etats européens qui, à l'époque de la rédaction de la CEDH, prohibaient le divorce. L'Irlande et Malte n'ont légalisé le divorce qu'en 1995 et 2011.

L'Etat doit protéger le mariage. Quel serait le sens du droit de se marier et de fonder une famille garanti à l'article 12 si l'Etat ne garantissait pas la stabilité du mariage, la sécurité juridique des époux ? Car le mariage vise à conférer un cadre et une sécurité juridique à une relation. Un Etat dont la loi ne garantirait pas cette sécurité juridique ne garantirait pas la substance même du droit au mariage. La Cour reconnaît « *que la stabilité du mariage représente un but légitime et conforme à l'intérêt public* »¹².

11. La prohibition du divorce n'est contraire ni à l'article 8, ni à l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme¹³. La Cour juge avec constance que les articles 8 et 12 « *ne peuvent être interprétés de manière à garantir le droit au divorce* » notamment parce que « *les travaux préparatoires de la Convention indiquent clairement la volonté des Hautes Parties contractantes d'exclure délibérément ce droit du champ d'application de la Convention.* »¹⁴

12. La Cour a précisé que « *si ces dispositions de la Convention ne peuvent pas être interprétées de manière à garantir l'existence même d'un droit au divorce au profit des particuliers (Johnston et autres, précité, §§ 54 et 57), elles ne sauraient, a fortiori, garantir l'exercice d'un tel droit et encore moins une issue favorable de la procédure de divorce pour tel ou tel époux* »¹⁵. La Cour indique ainsi clairement l'absence de « droit au divorce ». Un « droit au divorce » ou « de divorcer » n'est pas le versant négatif du droit de se marier et de fonder une famille. Le versant négatif du droit de se marier et de fonder une famille est celui de ne pas se marier, de ne pas être marié par contrainte, et non pas de se « démarier ».

13. Quant au droit de se remarier, garanti à l'article 12, il bénéficie seulement aux personnes qui ne sont pas déjà engagées dans un mariage, c'est-à-dire après le prononcé du divorce¹⁶, car le « *principe de la monogamie* » est « *un des principes fondamentaux de la législation dans le domaine des relations familiales des pays signataires de la Convention* »¹⁷.

¹² *F. c. Suisse*, n° 11329/85, 18 décembre 1987, § 36.

¹³ *Johnston et autres c. Irlande*, n° 9697/82, 18 décembre 1986.

¹⁴ *Ivanov et Petrova c. Bulgarie*, n° 15001/04, 14 juin 2011, § 60 ; *Johnston et autres c. Irlande*, n° 9697/82, 18 décembre 1986.

¹⁵ *Ivanov et Petrova c. Bulgarie*, n° 15001/04, 14 juin 2011, § 64.

¹⁶ *F. c. Suisse*, n° 11329/85, 18 décembre 1987.

¹⁷ *Ivanov et Petrova c. Bulgarie*, n° 15001/04, 14 juin 2011, § 60.

14. S'agissant du consensus, il convient de rappeler qu'il n'est pas déterminant. Comme la Cour l'a affirmé, « *la Convention "doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui". Toutefois, le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation n'implique pas forcément que pareil aspect se heurte à la Convention, surtout dans un domaine - le mariage - aussi étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société et aux conceptions profondes de celle-ci sur la cellule familiale* ». ¹⁸

En tout état de cause, il n'y a pas de consensus en Europe en ce qui concerne la possibilité d'obtenir un divorce lorsque l'époux non-fautif s'y oppose même en présence d'une altération définitive du lien conjugal.

15. S'agissant de l'article 8, il ne comprend pas, en lui-même, de droit au divorce : « *la Cour ne croit pas que l'on puisse logiquement déduire de l'article 8, texte de but et de portée plus généraux, un droit au divorce exclu, elle l'a constaté, de l'article 12. (...) on ne saurait considérer que les engagements assumés par l'Irlande au titre de l'article 8 impliquent pour elle l'obligation d'adopter des mesures autorisant le divorce et le remariage revendiqués* » ¹⁹. Cette appréciation qui porte sur le but de l'article 8 n'est pas susceptible d'être affectée par l'évolution de la société.

16. Il faut souligner que l'absence de divorce, en l'espèce, n'empêche pas les requérants et leurs nouvelles partenaires de mener une vie privée et familiale au sens de l'article 8 : le caractère extraconjugal d'une relation stable ne l'empêche pas d'être une forme de vie familiale au sens de l'article 8. L'article 8 n'exige pas que toute relation constitutive d'une vie familiale puisse entrer dans le mariage. Le fait qu'un couple (ou plusieurs personnes en cas de polygamie) ne puisse pas se marier n'est donc pas, en soi, une violation du droit au respect de la vie familiale. Ainsi, dans l'affaire *Johnston*, la Cour a énoncé qu'elle « *n'aperçoit aucune ingérence des pouvoirs publics dans la vie familiale des deux premiers requérants [le couple illégitime]: l'Irlande n'a nullement essayé de les empêcher ou leur interdire de vivre ensemble et de continuer à le faire; ils ont même pu prendre plusieurs mesures pour régulariser au mieux leur situation* » ²⁰.

In fine, l'article 8 protège la vie privée ; or le mariage est un acte public qui engage le couple, les éventuels enfants et la société, et qui dépasse ainsi la sphère privée.

Les effets de l'absence de divorce

17. Selon la Cour, l'absence d'un droit au divorce « *garanti en tant que tel par la Convention* » ²¹ ne résout pas la question de savoir si « *les effets que ce jugement [portant refus de dissolution du mariage] a eu sur la situation des deux requérants ont été compatibles avec les garanties énoncées aux articles 8 et 12 de la Convention* ». ²² La Cour a déjà estimé que les conditions de mise en œuvre de la procédure de divorce prévues en droit interne pouvaient entrer dans le champ d'application de la Convention et faire l'objet de son contrôle.

Elle a ainsi eu l'occasion de juger que « *[s]i la législation nationale permet le divorce - ce que la Convention ne requiert pas -, l'article 12 garantit au divorcé le droit de se remarier sans subir en la matière des restrictions déraisonnables* » ²³ ; elle a aussi jugé que « *la durée*

¹⁸ *F. c. Suisse*, n° 11329/85, 18 décembre 1987, § 33.

¹⁹ *Johnston et autres c. Irlande*, n° 9697/82, 18 décembre 1986, § 57.

²⁰ *Johnston et autres c. Irlande*, n° 9697/82, 18 décembre 1986, § 66.

²¹ *Ivanov et Petrova c. Bulgarie*, n° 15001/04, 14 juin 2011, § 61.

²² *Ivanov et Petrova c. Bulgarie*, n° 15001/04, 14 juin 2011, § 60.

²³ *F. c. Suisse*, n° 11329/85, 18 décembre 1987, § 38.

excessive d'une procédure de divorce [peut] poser un problème sous l'angle de » l'article 12²⁴.

18. Au-delà, la Cour a jugé dans l'arrêt *Ivanov et Petrova* que si la législation nationale permet le divorce, elle « *n'exclut pas non plus que* » le constat d'une violation de l'article 12 puisse « *s'imposer au cas où, malgré le constat d'une altération irrémédiable du lien conjugal, le droit interne érige[rait] en obstacle absolu au prononcé du divorce l'opposition de l'époux non fautif* » (§ 61). L'adoption de cette position dans la présente affaire constituerait un spectaculaire revirement de jurisprudence car elle porterait atteinte au lien matrimonial en lui-même au titre de la Convention, et non pas seulement aux conditions de sa dissolution opérée en droit interne. L'article 12 se retournerait alors contre lui-même, et contre la volonté des auteurs de la Convention. Cette approche interpréterait l'article 12 comme susceptible de « démarier de force » un conjoint, de lui retirer la possession de son état matrimonial acquis en vertu de ce même droit.

19. Un tel changement ferait prévaloir la conception individualiste de la liberté, qui conçoit la véritable liberté comme absence d'engagement définitif, au dépend d'une conception –plus exigeante– qui estime que la liberté s'exerce et s'accomplit dans l'engagement et la fidélité. Elles peuvent être résumées ainsi : une personne peut-elle invoquer sa liberté contre elle-même ? L'article 12 a protégé la « liberté-engagement » en raison du caractère social du mariage et surtout de la famille ; protégera-t-il à l'avenir la « liberté-désengagement » selon une conception foncièrement individualiste des droits de l'homme ?

20. Plus encore, alors que l'on peut déduire l'interdiction de la peine de mort de l'article 2 ou le droit à l'objection de conscience au service militaire de l'article 9 (deux points qui ont aussi fait l'objet de « réserves » de la part des Hautes Parties), on ne peut pas déduire un droit au démariage du droit au mariage : ce serait autant contradictoire que de déduire un « droit à la mort » du droit à la vie, ce que la Cour a refusé dans l'affaire *Pretty contre le Royaume-Uni*.

21. En l'espèce, cependant, nous ne sommes pas dans la situation où le conjoint délaissé aurait un droit de « veto », puisque la loi polonaise (à l'article 56.3 du code de la famille) ne confère pas un tel pouvoir absolu à l'époux délaissé, mais permet au juge de prononcer le divorce même contre la volonté de l'époux non fautif au regard des circonstances de l'espèce, dès lors qu'il estime ce refus comme abusif.

22. En outre, il convient de rappeler, que la Cour « *n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes dans l'établissement des faits et l'interprétation du droit interne* ». ²⁵ En vertu du caractère subsidiaire du mécanisme établi par la Convention, il appartient au juge national d'apprécier les circonstances de l'espèce, compte tenu de la marge d'appréciation nationale résultant notamment de la culture locale.

²⁴ *Aresti Charalambous c. Chypre*, n° 43151/04, 19 juillet 2007 ; *Wildgruber c. Allemagne*, n° 42402/05 et 42423/05, 21 janvier 2010.

²⁵ *Ivanov et Petrova c. Bulgarie*, n° 15001/04, 14 juin 2011, § 44.