

Le droit de la famille sous l'angle des droits de l'homme – Quelques réflexions

Prof. Dr iur. Samantha Besson, Université de Fribourg

Résumé

Le droit international et européen des droits de l'homme s'applique aussi dans le domaine de la vie familiale. Il exerce donc par là-même une influence sur la révision totale ou partielle du droit de la famille que projettent certains actuellement en Suisse. Après une présentation des exigences générales qui pèsent sur l'État lors de toute réforme juridique, cette contribution se concentre sur les obligations de l'État en matière de protection des droits de l'homme. Elle présente ces différentes obligations et traite de quatre questions de droits de l'homme susceptibles de se présenter en matière de réglementation de la vie familiale: les conflits de droits de l'homme, et la difficulté qu'il y a à justifier les restrictions des droits qui s'ensuivent; le pluralisme des droits de l'homme, et la remise en cause de leur légitimité sur cette base par certains; le paternalisme des droits de l'homme, et les limites internes à ces droits que d'aucuns croient pouvoir identifier; et enfin la subsidiarité des droits de l'homme, et l'autonomie organisationnelle que certains souhaiteraient en tirer pour la famille.

Mots-clés

Droits de l'homme, droit de la famille, conflits de droits, restrictions, pluralisme, relativisme, paternalisme, subsidiarité

Introduction

Le droit international et européen des droits de l'homme s'applique aussi dans le domaine de la vie familiale. Il exerce donc par là-même une influence sur la révision totale ou partielle du droit de la famille que projettent certains actuellement en Suisse.¹

Après une présentation des exigences générales qui pèsent sur l'État lors d'une réforme juridique, y compris une révision du droit de la famille, cette contribution se concentre sur les obligations de l'État en matière de protection des droits de l'homme dans le contexte de la vie familiale.

L'article présente ces différentes obligations d'abord de manière générale, puis traite de quatre questions de droits de l'homme susceptibles de se présenter en matière de réglementation de la vie familiale: les conflits de droits de l'homme, et la difficulté de justifier les restrictions des droits qui s'ensuivent; le pluralisme des droits de l'homme, et la remise en cause de leur légitimité sur cette base par certains; le paternalisme des droits de l'homme, et les limites internes à ces droits que certains croient pouvoir identifier; et enfin la subsidiarité des droits de l'homme, et l'autonomie organisationnelle que d'aucuns souhaiteraient en tirer pour la famille.

L'État et le droit de la famille

Les considérations générales pesant sur la réforme législative

Lorsque l'État légifère, pour la première fois ou pour réformer un domaine du droit existant, comme le droit de la famille, un certain nombre de considérations pèsent sur lui, dont certaines obligations de justice ou, plus généralement, des considérations de politique économique et sociale.

Les droits de l'homme ne constituent qu'un aspect de ces impératifs de justice ou de ces exigences morales plus généralement. Ceci rend l'angle d'analyse des droits de l'homme nécessairement limité et donc incomplet. Il peut même arriver que les obligations pesant sur l'État en vertu des droits de l'homme entrent en conflit avec d'autres exigences de justice ou d'autres exigences mo-

¹ Voir le Postulat Fehr 2012 et le Rapport CF 2015.

rales en général. On pensera notamment à des exigences d'égalité dans et devant la loi ou de justice distributive, notamment en matière fiscale. Les droits de l'homme ne peuvent et ne doivent donc en aucun cas constituer la seule considération de justice lors d'une réforme législative. Ceci est important car on remarque souvent une tendance, chez les spécialistes de droits de l'homme mais aussi en dehors, à n'envisager qu'eux ou, en tout cas, à les invoquer comme référence prédominante.

En fait, les droits de l'homme peuvent aussi entrer en conflit avec d'autres considérations politiques pesant sur l'État, notamment des considérations économiques ou sociales, comme l'importance de la natalité et la planification démographique ou de la générativité.

Trois considérations en particulier

Avant de présenter et de discuter différents aspects relatifs au droit des droits de l'homme dans la prochaine section, il s'agit ici brièvement de mentionner trois des autres considérations qui pèsent sur l'État lorsqu'il s'apprête à réformer un domaine du droit comme le droit de la famille.

Premièrement, le droit et la réalité. Il est trivial de dire, comme c'est le cas dans ce débat, que le droit se doit de suivre la réalité sociale et, en l'occurrence, les changements dans la réalité de la vie familiale des suisses.² Pour pouvoir être légitime, en effet, le droit doit pouvoir guider les individus (condition de dépendance des raisons que donne le droit des raisons d'agir préexistantes pour l'individu) et le faire d'une manière justifiée (condition de justification du droit indépendante du contenu de ses normes, en fonction de leur capacité à orienter les individus, p.ex. pour des raisons cognitives, volitives ou de coordination).³ La mise en relation du droit à la réalité sociale règlementée influe clairement sur le respect de ces deux conditions de la légitimité du droit.

Il faut remarquer cependant que le droit est lui-même une réalité sociale en tant que pratique normative. Il est difficile dès lors de séparer le droit de la réalité sociale qu'il règlemente, mais qu'il constitue aussi et donc de considérer que l'un doit se conformer à l'autre. La réalité sociale est en effet elle-même déjà normative. C'est ce qui explique la difficulté du changement du régime

² Voir p.ex. Postulat Fehr 2012; Rapport CF 2015: 12-13.

³ Voir Raz 2006.

juridique de par l'attachement social à certaines formalisations juridiques de la vie familiale, comme le mariage notamment. Par ailleurs, d'autres formes de normativité sociale que le droit sont aussi en jeu dans la pratique sociale de la famille, tant culturelles que religieuses. Et ceci contribue à renforcer certaines des résistances à la réforme du droit de la famille. Tout cela est en jeu actuellement en Suisse et il est important, par conséquent, de ne pas sous-estimer la normativité inhérente à la pratique sociale existante de la famille, tant juridique que religieuse ou culturelle.

Deuxièmement, droit et cohérence. Une autre considération importante en matière de réforme législative est celle de la cohérence juridique. Il s'agit là d'une autre condition de la légitimité du droit en ce qu'elle affecte sa capacité à guider le comportement individuel. La cohérence exige d'éviter autant que possible les compromis législatifs, mais aussi, en cas de révision, d'éviter de multiplier les révisions partielles qui tendent à affecter la cohérence générale d'un domaine juridique, comme le droit de la famille. Le danger sinon est ce que Ronald Dworkin appelait les «checkerboard laws»⁴. L'impératif de cohérence explique aussi pourquoi les révisions générales d'un domaine sont requises de manière périodique.

Cette considération de cohérence est importante pour la réforme envisagée du droit de la famille suisse dans la mesure où après les différentes révisions partielles que ce droit a connues depuis la dernière révision globale, on peut désormais mettre en doute la cohérence de l'ensemble. Curieusement, le rapport du Conseil fédéral de mars dernier invoque les compromis parlementaires inévitables dans un processus de réforme législative⁵ et, de manière plus générale, la crise de la législation en Suisse, du fait du rôle de certains partis politiques et de l'usage abusif des initiatives populaires, en tant qu'argument pour ne pas entamer une réforme globale du droit de la famille. Le rapport privilégie pour cette raison la piste des réformes partielles. Ceci est pour le moins surprenant: on ne perd rien à essayer et, surtout, la perpétuation des réformes partielles à l'avenir est la garantie d'une incohérence certaine⁶.

Finalement, droit et généralité. Une autre considération importante en matière de réforme législative est l'égalité dans la loi, et donc la généralité du droit. C'est une autre condition de la légitimité du droit. Ceci a des implications pour

⁴ Voir Dworkin 1986: Ch. 6.

⁵ Voir Rapport CF 2015: 13.

⁶ Voir aussi Büchler 2014: 806–807.

le type de catégories de la vie familiale protégées par le droit de la famille notamment, dans la mesure où ces dernières doivent être suffisamment générales pour s'appliquer à tout le monde, d'une part, et surtout dans la mesure où elles ne peuvent pas être suffisamment diverses pour répondre à tous les besoins, d'autre part. Le droit de la famille ne peut pas, par définition, faire du cas par cas.

Cette considération d'égalité et donc de généralité est particulièrement importante à l'heure de la réforme du droit suisse. En effet, cette réforme ne peut pas, et ne doit pas, protéger tous les modes de vie familiale possibles. Ceci exige par conséquent de nuancer le Postulat Fehr et de recommander la protection de deux ou trois catégories de vie commune tout au plus. À l'inverse, cependant, cette exigence plaide aussi pour une simplification et une généralisation des catégories proposées par le Conseil fédéral,⁷ notamment pour des raisons d'égalité des genres et d'orientation sexuelle. Il faut en effet prévoir que, dans un avenir proche, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) sanctionnera positivement le consensus européen émergent sur le mariage homosexuel,⁸ ce qui exigera une modification du droit suisse. Une manière de respecter dès à présent l'exigence d'égalité et de généralité serait d'envisager trois catégories de vie commune en fonction du degré du lien, et notamment le mariage, le partenariat enregistré et la communauté de vie de fait, et de les ouvrir toutes les trois aux unions tant hétérosexuelles qu'homosexuelles.

L'État, les droits de l'homme et le droit de la famille

Le droit des droits de l'homme trouve aussi à s'appliquer dans le contexte familial et constitue par conséquent l'une des considérations de justice pesant sur l'État dans la réglementation de la vie de famille. Après une présentation des droits de l'homme applicables en droit de la famille, quatre questions de droits de l'homme spécifiques à la réglementation de la famille sont traitées.

⁷ Voir Rapport CF 2015: 19–30.

⁸ Pour l'instant, l'interdiction du mariage homosexuel n'est pas encore considérée comme une violation de l'interdiction de la discrimination (art. 14 CEDH) (voir CourEDH, *Schalk*), mais ce n'est qu'une question de temps. Sur le fonctionnement de la marge d'appréciation et le consensus européen, voir Wildhaber et al. 2013.

Les droits de l'homme en famille

Le droit national, international et européen,⁹ qu'il soit général ou spécifique,¹⁰ des droits de l'homme protège un certain nombre de droits de l'homme applicables dans le domaine de la vie de famille. Preuve en soit la jurisprudence importante de la CourEDH en droit de la famille. C'est le cas en Europe en général,¹¹ mais aussi dans de nombreuses affaires suisses¹² qui, pour certaines, ont amené des réformes du droit suisse.

Il existe des droits individuels expressément liés à la famille. Il s'agit avant tout du droit à la vie privée et familiale, et plus généralement à l'autonomie personnelle, garanti à l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme,¹³ mais aussi du droit au mariage, garanti à l'art. 12 CEDH¹⁴ ou encore de l'égalité entre époux consacrée par l'art. 5 du Protocole 7 CEDH.¹⁵ D'autres droits de l'homme trouvent à s'appliquer aussi aux relations familiales, tels que par exemple l'interdiction de la discrimination, notamment sur la base du sexe, de l'âge, de la religion ou de l'orientation sexuelle, garantie à l'art. 14 CEDH,¹⁶ ainsi qu'à l'art. 1 Protocole 12 CEDH,¹⁷ la liberté d'expression consacrée par l'art. 10 CEDH¹⁸ ou encore la liberté religieuse ou de pensée garantie à l'art. 9 CEDH.¹⁹

⁹ Étant donné que la CEDH est non seulement l'instrument de protection internationale des droits de l'homme applicable en Europe et donc en Suisse, mais aussi celui dont l'impact sur le droit national, et donc suisse, est le plus important, du fait de la juridiction obligatoire de la CourEDH (art. 19 et 46 par. 1 CEDH), c'est l'instrument dont il sera question dans cet article. Il faut remarquer cependant que les droits de l'homme trouvent aussi leurs sources dans d'autres traités internationaux et régionaux et en droit national (p.ex. en droit constitutionnel suisse).

¹⁰ Certains traités de protection des droits de l'homme protègent les droits de l'homme de tout individu (droits généraux), alors que d'autres ne protègent les droits que de certains individus vulnérables, comme les droits des enfants, des personnes handicapées ou des femmes, d'une part, ou dans des situations qui les rendent vulnérables, comme les droits des travailleurs migrants ou des personnes disparues, d'autre part (droits spéciaux). Il ne sera question ici que de droits de l'homme généraux, ceux de la CEDH, et de leur application à toute personne, y compris les personnes vulnérables.

¹¹ CourEDH, *Marckx*; CourEDH, *Vermeire*; CourEDH, *Camp et Bourimi*; CourEDH, *Zaunegger*; CourEDH, *Sommerfeld*.

¹² Cf. CourEDH, *Burghartz*; CourEDH, *Rose*; CourEDH, *Emonet*; CourEDH, *Jäggi*. Voir aussi Rapport CF 2015: 8-10.

¹³ Du 4 novembre 1950; RS 0.101; CEDH. Voir p.ex. CourEDH, *Emonet*; CourEDH, *Schneider*; CourEDH, *Jäggi*.

¹⁴ Voir p.ex. CourEDH, *F*; CourEDH, *Kopf*.

¹⁵ Voir p.ex. CourEDH, *Burghartz et Schnyder*; CourEDH, *T.H.*; CourEDH, *Bargagli*.

¹⁶ Voir p.ex. CourEDH, *Pla*; CourEDH, *Vermeire*; CourEDH, *Burden*.

¹⁷ Voir p.ex. CourEDH, *Burghartz*; CourEDH, *Pla*; CourEDH, *Burden*.

¹⁸ Voir p.ex. CourEDH, *Couderc et Hachette*; CourEDH, *Von Hannover*.

¹⁹ Voir p.ex. CourEDH, *Fernández*; CourEDH, *Nolan and K.*; CourEDH, *Vojnity*.

Il s'agit là cependant de droits de l'homme généraux. De nombreux droits dérivés en découlent. On mentionnera, par exemple, le droit de connaître ses origines biologiques qui dérive du droit à la vie privée et familiale.²⁰ Il est important de souligner qu'il ne faut pas confondre un droit de l'homme, protégeant un intérêt fondamental, avec une institution ou une valeur. Bien que ces deux puissent être liés, l'un n'implique pas l'autre. Ceci vaut aussi pour les droits de l'homme applicables à la vie familiale. Ainsi, le droit au mariage, par exemple, n'implique pas en soi l'existence d'une institution du mariage.²¹

Ces différents droits de l'homme applicables en matière de vie familiale génèrent à leur tour des obligations concrètes à la charge de l'État en fonction des circonstances. Ces obligations peuvent être négatives ou positives, selon qu'il s'agit pour l'État de faire quelque chose (obligations de protéger et de réaliser) ou de ne pas le faire (obligations de respecter). Elles peuvent être ensuite générales ou particulières selon qu'elles s'appliquent dans un cas concret²² ou à un projet législatif. Enfin, elles peuvent être préventives ou réactives selon qu'elles naissent avant ou après une violation des droits de l'homme, par exemple par d'autres particuliers dans le cas d'une obligation d'enquêter ou de poursuivre.

En l'occurrence, dans le cadre de la réforme du droit suisse de la famille, les obligations de l'État relatives aux droits de l'homme sont tant négatives que positives, mais surtout générales et préventives puisqu'elles visent à anticiper les violations éventuelles des droits de l'homme qui pourraient survenir dans le contexte familial, soit du fait de l'État soit du fait d'autres particuliers au sein de la famille. C'est précisément pour prévenir ces violations que l'État a l'obligation positive générale d'adopter du droit privé de la famille, mais aussi du droit des assurances sociales et du droit fiscal applicables à la vie familiale.

Toute violation des droits de l'homme ne peut évidemment pas être prévenue à l'avance. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'égalité dans la loi, et la généralité qu'elle requiert, font d'ailleurs obstacle au traitement différencié de toutes les situations à l'avenir. La protection des droits de l'homme peut donc contribuer ex post à exiger des réformes du droit de la famille pour protéger les droits de certaines personnes, en principe en conformité avec l'exigence de généralité, mais cela n'est pas toujours possible.

²⁰ Art. 8 CEDH; CourEDH, *Odièvre*; CourEDH, *Jäggi*.

²¹ Contra: Rapport CF 2015: 19. Voir aussi Schwenzer 2013: 7-9.

²² Voir p.ex. CourEDH, *Mennesson*; CourEDH, *Paradiso*.

Deux constats quant à la titularité des droits et des obligations en matière de droits de l'homme s'imposent suite à cette exposition sommaire des droits de l'homme dans le contexte familial.

Premièrement, même si les intérêts familiaux (individuels ou collectifs) constituent l'objet de droits de l'homme, la famille en tant que telle n'est pas titulaire de ces droits. Seuls ses membres le sont. C'est le cas notamment des membres du couple, des parents, des enfants ou des grands-parents. Les intérêts familiaux constituent les intérêts protégés par les droits de ces différents individus, mais la famille elle-même n'est pas considérée comme titulaire de droits à la protection de ces intérêts. Ceci est intéressant dans la mesure où d'autres agents collectifs sont titulaires de droits de l'homme.²³ C'est le cas, par exemple, d'organisations non gouvernementales ou d'églises. En fait, la notion de «famille» elle-même n'est pas définie par la jurisprudence de la CourEDH; seuls différents intérêts familiaux le sont de cas en cas.

Deuxièmement, ni la famille en tant que telle ni ses membres ne sont débiteurs des obligations relatives aux droits de l'homme. C'est l'État qui doit protéger les droits de l'homme des membres de la famille, y compris contre les autres membres de la famille. Il le fait de manière préventive en règlementant la vie de famille par le biais du droit privé ou pénal, ou de façon réactive en faisant respecter les droits de l'homme dans son application. Le respect des droits de l'homme peut amener à devoir modifier le droit de la famille, mais la plupart du temps une interprétation de ce droit conforme aux droits de l'homme sera possible.

La famille peut donc être l'objet de droits de l'homme et des obligations correspondantes, mais n'en est pas sujet, ni activement ni passivement. Elle peut cependant en devenir indirectement le titulaire par la somme de ses membres, voire même le débiteur indirect par le biais des obligations de droit privé ou pénal de ses membres. Le droit privé de la famille et le droit pénal permettent en effet à l'État de transférer ses obligations directes en les allouant à certains particuliers dans des situations privées données, comme la famille. C'est pour cela, par exemple, qu'on parle parfois du triangle État-parents-enfants en matière de droits de l'enfant. Il est important de réaliser cependant que ces obligations des membres d'une famille ne relèvent que du droit privé et ne sont pas strictement parlant des obligations de droits de l'homme qui ne sont jamais

²³ P.ex. art. 34 CEDH.

horizontales. En outre, l'État ne perd pas ses obligations positives directes de veiller à ce que la vie de famille ne devienne pas le lieu de violations de droits de l'homme. Ses obligations positives sont néanmoins soumises à la condition des ressources suffisantes, d'une part, et de la possibilité de connaître la menace de violation et d'y remédier, d'autre part.

Ces deux constats sont importants car ils révèlent la dimension individuelle de la titularité des droits de l'homme, d'une part, et la dimension publique de la titularité de leurs obligations, d'autre part. Ils révèlent aussi combien l'approche (du droit) de la famille par les droits de l'homme est individualisante et ne doit pas faire oublier d'autres considérations morales et de justice plus collectives.

Quatre questions

Certaines des questions que soulève la protection des droits de l'homme en droit de la famille sont générales et se retrouvent dans tous les domaines du droit, alors que d'autres lui sont spécifiques. Cette contribution en traitera de quatre en particulier: les conflits de droits de l'homme, le pluralisme des droits de l'homme, le paternalisme des droits de l'homme et la subsidiarité des droits de l'homme.

Les conflits de droits de l'homme

La première question qui se pose est celle des restrictions justifiées aux droits de l'homme d'une personne, et notamment celles qui sont destinées à protéger un intérêt public ou une autre considération morale, d'une part, ou les droits des autres (conflits de droits *stricto sensu*), d'autre part.

Des exemples du premier cas de figure sont, par exemple, les conflits entre un droit de l'homme et l'intérêt public à la générativité discuté dans ce volume, l'intérêt de la famille à l'unicité du nom de famille,²⁴ les intérêts économiques relatifs à la transmission du capital dans les familles ou encore la moralité publique. Des exemples de conflits de droits qu'on peut mentionner sont les suivants: le droit de l'enfant abandonné sous X de connaître ses origines biologiques invoqué comme motif de restriction du droit de la mère à l'anonymat,²⁵ d'une part, ou la liberté religieuse de l'officier d'état civil invoquée comme

²⁴ Voir p.ex. CourEDH, *Burghartz*; CourEDH, *Rose*.

²⁵ Voir p.ex. CourEDH, *Odièvre*.

motif de restriction de l'interdiction de discrimination sur la base de l'orientation sexuelle dans l'exercice du droit au mariage homosexuel,²⁶ d'autre part.

Les conflits de droits de l'homme peuvent apparaître sous la forme d'un conflit intra-droit (au sein du même droit) ou d'un conflit inter-droits (entre différents droits). Même un conflit intra-droit peut impliquer les droits d'une seule ou de plusieurs personnes.

Ces conflits, notamment entre droits de l'homme mais aussi avec d'autres intérêts, et leur résolution sont omniprésents dans la pratique des droits de l'homme, et particulièrement importants dans le domaine du droit de la famille. La constellation familiale est en effet propice aux conflits de droits en raison de la multitude des individus impliqués, de leurs relations horizontales, de la pluralité de leurs intérêts et de leur vulnérabilité variable. C'est le cas, par exemple, entre membres du couple, entre parents (biologiques ou d'intention)²⁷ ou entre parents et enfants.²⁸ Ceci vaut tant en amont lors de la législation quant à des situations abstraites comme, par exemple, résoudre le conflit entre l'obligation de respecter l'égalité entre hommes et femmes et l'intérêt à l'unité de la famille lors d'une révision des règles du Code civil relatives au nom de famille, qu'en aval dans un cas concret de restriction de l'égalité entre hommes et femmes par un Code civil qui ne prévoit comme seul nom de famille possible que le nom du mari.²⁹ Ces conflits de droits ont d'ailleurs donné lieu à une jurisprudence nationale et européenne particulièrement étoffée et controversée, par exemple en matière de gestation pour autrui,³⁰ de procréation médicalement assistée,³¹ ou d'adoption et de mariage homosexuels.³²

Pour que la restriction ainsi motivée soit justifiée, il faut en général qu'elle repose sur une base légale, soit nécessaire dans une société démocratique, ce qui requiert des procédures démocratiques et un respect du principe de proportionnalité, et ne porte pas atteinte au noyau intangible du droit restreint.³³

²⁶ Voir p.ex. CourEDH, *Eweida*.

²⁷ Voir p.ex. CourEDH, *Jäggi*.

²⁸ Voir p.ex. CourEDH, *Emonet*.

²⁹ Voir p.ex. CourEDH, *Burghartz*; CourEDH, *Rose*.

³⁰ Voir p.ex. CourEDH, *Mennesson*; CourEDH, *Paradiso*.

³¹ Voir p.ex. CourEDH, *S.H. et autres*.

³² Voir p.ex. CourEDH, *Schalk*; CourEDH, *E.B.*; CourEDH, *Fretté*.

³³ P.ex. art. 8 par. 2 CEDH.

La justification des restrictions des droits de l'homme est la forme que prend le raisonnement judiciaire, mais aussi législatif, destiné à gérer le pluralisme moral et à résoudre les conflits de valeurs ou d'intérêts dans le contexte des droits de l'homme.³⁴ Les différentes considérations de justice évoquées dans la première section peuvent entrer en conflit avec les droits de l'homme et l'existence de ces conflits confirme que les droits de l'homme ne constituent pas une solution à tous les dilemmes moraux rencontrés dans le domaine de l'organisation familiale. Ce qu'il est important de saisir est que selon la majorité démocratique, la résolution de conflits de droits peut aller dans un sens ou dans l'autre selon les cas et les époques.

En principe, les restrictions de droits de l'homme en cas de conflits de droits s'opèrent par restrictions mutuelles et donc par maximisation de chaque droit. À noter cependant qu'il peut subsister des conflits résiduels ou tragiques qu'on ne peut pas résoudre sans donner la priorité à un droit sur l'autre et donc sans décision pragmatique. C'est le cas, par exemple, de la résolution du conflit entre le droit d'une mère à se faire implanter un embryon et le droit du père à refuser cette implantation, tous deux fondés sur le droit à la vie privée et familiale et à la liberté de procréer.³⁵

Le pluralisme des droits de l'homme

La deuxième question pertinente quant aux droits de l'homme en matière familiale est celle du pluralisme des droits de l'homme.

En soi, ce pluralisme, relatif aux conceptions multiples des mêmes droits, se pose entre ordres juridiques nationaux et donc en droit international des droits de l'homme notamment, puisque ce dernier impose une conception unique de ces droits, même très abstraite³⁶. Dans un contexte national unique, cependant, la question se pose différemment. On considère habituellement qu'il ne peut y avoir qu'un seul droit public et constitutionnel par ordre juridique démocratique. Et la même chose vaut pour les droits de l'homme. Il ne peut y avoir qu'une communauté démocratique et qu'une conception de chaque droit de l'homme à un moment donné. Cela se justifie pour des raisons d'égalité fondamentale, et donc d'égalité des droits de l'homme.

³⁴ Voir Besson 2016a.

³⁵ Voir p.ex. CourEDH, *Evans*.

³⁶ Voir Buchanan 2008; Nickel 2015.

Sous la pression du pluralisme religieux et, pour certaines religions, du pluralisme juridique que leur coexistence avec le droit étatique implique notamment en lien avec le statut personnel et familial, l'idée d'un pluralisme des droits de l'homme fait progressivement son chemin. Un exemple est celui des exemptions religieuses qui apparaissent de plus en plus fréquemment aux États-Unis. Après avoir été longtemps rejetée par la Cour suprême américaine,³⁷ elles ont été reconnues par le *Religious Freedom Restoration Act*³⁸ et acceptées par la Cour suprême dans une jurisprudence récente.³⁹

On voit bien en quoi ce développement peut fournir des arguments en droit de la famille, un domaine dans lequel la religion prévoit souvent des régimes distincts de ceux du droit étatique. Pour l'heure, cependant, et pour les raisons que j'ai indiquées précédemment, la jurisprudence européenne est très claire en la matière: aucune exemption religieuse et conceptions divergentes des mêmes droits ne sont admises pour des raisons religieuses. Tout au plus aborde-t-elle la question comme une question de conflit de droits, entre un droit de l'homme et la liberté religieuse.⁴⁰

Le paternalisme des droits de l'homme

La troisième question importante est celle du paternalisme des droits de l'homme. En soi, les droits de l'homme protègent l'autonomie individuelle du titulaire de ces droits contre l'intervention de l'État, avec pour seule limite la protection des droits des autres (comme justification d'une restriction aux droits du titulaire; cf. première question). On peut donc les comprendre comme une forme de protection juridique contre le paternalisme étatique. Ils protègent le droit de chacun de ne pas utiliser ou de mal utiliser ses droits, dans les limites des droits des autres. La seule condition est le caractère libre et éclairé du consentement et la protection contre la discrimination sexuelle et raciale.⁴¹

³⁷ Voir p.ex. US SCT, *Employment Division v. Smith*.

³⁸ Du 16 novembre 1993; RFRA.

³⁹ Voir p.ex. US SCT, *Hobby Lobby*.

⁴⁰ Voir p.ex. CourEDH, *Eweida*; CourEDH, *Martinez*.

⁴¹ Voir p.ex. CourEDH, *S.A.S.*; CourEDH, *D.H.*; CourEDH, *Konstantin Markin*.

Ceci est particulièrement important dans le domaine du droit à la vie privée et familiale qui protège le droit à organiser sa vie sexuelle⁴² et familiale librement. Ceci vaut bien sûr dans les limites des droits des autres, par exemple des enfants.⁴³

Les limites potentielles de l'autonomie individuelle et notamment du consentement individuel sont cependant de plus en plus souvent mises en exergue, y compris de l'intérieur du régime de protection des droits de l'homme. C'est notamment le cas dans des domaines liés à la vie privée et familiale, et en particulier dans les domaines de la reproduction comme la gestation pour autrui⁴⁴ et à la procréation médicalement assistée.⁴⁵ Dans ce contexte, c'est notamment la dignité du titulaire des droits de l'homme qui est invoquée pour imposer des restrictions internes au droits de l'homme et empêcher le titulaire d'invoquer ses propres droits.

Ce retour d'une forme de paternalisme interne aux droits de l'homme eux-mêmes est particulièrement controversé. Il est important d'en mesurer les conséquences pour ce que sont les droits de l'homme et ce qu'ils protègent, notamment contre la conception de la vie familiale de la majorité.⁴⁶ À l'inverse, cependant, il est important de ne pas assimiler trop vite le consentement libre et éclairé protégé par le droit à l'autonomie personnelle avec le consentement contractuel et la liberté économique. Il y a en effet une tendance à cette assimilation en droit privé suisse de la famille actuellement,⁴⁷ ce qui est peu surprenant au vu de l'approche libérale prédominante du droit privé suisse. C'est ce que l'on peut observer dans la discussion relative à l'«opt-in» ou à l'«opt-out» en matière de communauté de vie de fait.⁴⁸ Alors que l'opt-out est clairement paternaliste, l'opt-in révèle une approche contractualiste de l'autonomie personnelle, une approche entièrement déplacée dans un domaine personnel aussi sensible que celui des relations familiales.

⁴² Voir p.ex. CourEDH, *K.A. et A.D.*

⁴³ Voir p.ex. CourEDH, *Témoins de Jéhovah*, par. 119; CourEDH, *K.A. et A.D.*, par. 83.

⁴⁴ Voir p.ex. CourEDH, *Mennesson*; CourEDH, *Paradiso*.

⁴⁵ Voir p.ex. CourEDH, *S.H. et autres*.

⁴⁶ Voir Besson 2015.

⁴⁷ Voir p.ex. Rapport CF 2015: 26–30.

⁴⁸ Contra: Schwenzer 2013: 9–10.

La subsidiarité des droits de l'homme

La quatrième et dernière question est celle de la subsidiarité en matière de droit de la famille. Chaque État a l'obligation de respecter les droits de l'homme dans sa législation, mais dispose du choix des meilleurs moyens pour le faire. C'est ce que protège la marge d'appréciation de l'État et, plus généralement, le principe de subsidiarité du contrôle par la CourEDH en matière de droits de l'homme. Cette marge est particulièrement large lorsqu'il s'agit de questions morales difficiles et sensibles et sur lesquelles il n'existe pas (encore) de consensus (international ou européen) parmi les États européens.

C'est ce qui vaut notamment en matière de droit à la vie privée et familiale. On mentionnera, par exemple, la question du mariage homosexuel sur laquelle les États bénéficient pour l'instant d'une marge d'appréciation.⁴⁹ Ce fut le cas jusqu'à récemment de la reconnaissance légale de la transsexualité⁵⁰ ou de l'adoption par un couple homosexuel,⁵¹ deux domaines dans lesquels le consensus européen a évolué et la marge d'appréciation des États n'existe plus.

Dans ce contexte, une question qui est soulevée de plus en plus fréquemment est celle non seulement de la marge d'appréciation de l'État lui-même, mais de la famille dans son organisation interne. D'aucuns considèrent en effet que la famille, en tant que sous-groupe d'individus, serait plus à même de protéger les droits de ses membres individuels que l'État.⁵²

Cette question de la priorité de la famille dans la protection des droits de ses membres, et dès lors de la subsidiarité de la protection étatique des droits de l'homme est très controversée, cependant. Elle est habituellement justifiée par une conception religieuse de la subsidiarité qui s'applique aux relations interpersonnelles, et notamment la conception issue de la doctrine sociale de l'Église catholique.⁵³ Elle impliquerait en outre de considérer la famille comme sujet de droits et surtout d'obligations en matière de droits de l'homme, ce qui, comme je l'ai expliqué précédemment, impliquerait un changement fonda-

⁴⁹ Voir p.ex. CourEDH, *Schalk*.

⁵⁰ Voir p.ex. CourEDH, *Goodwin*.

⁵¹ Voir p.ex. CourEDH, *E.B.*; CourEDH, *Fretté*.

⁵² Voir les opinions dissidentes des Juges Zupancic, Gyulumyan, Kalaydjieva, De Gaetano et Wojtyczek dans CourEDH, *O'Keeffe*, par. 7; et l'opinion concordante du Juge Wojtyczek dans CourEDH, *Sindicatul 'Pastorul Cel Bun'*, par. 2 (pour d'autres motifs). Voir sur la question: Mowbray 2015.

⁵³ Voir Cahill 2006; Shelton 2006: 10–11. Pour une critique, voir Barroche 2007.

mental de paradigme en droit international et européen des droits de l'homme. Ces droits protègent en effet avant tout l'individu contre l'État.⁵⁴

Conclusions

Le droit international et européen des droits de l'homme génère des obligations pour l'État dans le domaine de la réglementation de la vie familiale comme dans d'autres domaines du droit. Ces droits et obligations influent par conséquent sur la réforme du droit de la famille actuellement en discussion en Suisse et doivent être pris en compte.

Les droits de l'homme ne constituent cependant pas les seules considérations morales et de justice pertinentes. Ces autres considérations peuvent d'ailleurs entrer en conflit avec les droits de l'homme. Elles se retrouvent dès lors sans surprise au cœur du raisonnement en matière de droits de l'homme et de conflits de droits de l'homme. Ces conflits rendent les droits de l'homme peu amènes à fournir des solutions claires aux questions que se posent actuellement les spécialistes du droit de la famille. En outre, différentes autres controverses qui alimentent actuellement le droit des droits de l'homme, comme le pluralisme, le paternalisme et la subsidiarité des droits de l'homme, appellent à une certaine prudence lors de l'importation des droits de l'homme dans le domaine familial.

Biographie

Samantha Besson est Professeur de droit international public et de droit européen à l'Université de Fribourg où elle est aussi co-directrice de l'Institut de droit européen et vice-Doyenne de la Faculté de droit. Depuis 2014, elle est Déléguée aux droits de l'homme des Académies suisses des sciences. Ses intérêts de recherche et de publication sont le droit international général, le droit constitutionnel européen et le droit international et européen des droits de l'homme, ainsi que leur philosophie. Elle a co-édité l'ouvrage *The Philosophy of International Law* (OUP 2010) et co-édite en ce moment l'ouvrage *The Oxford Handbook on the Sources of International Law* (OUP 2017). Enfin, elle termine actuellement une monographie intitulée *Human Rights as Law*.

⁵⁴ Voir Besson 2016b.

Bibliographie

Barroche, Julien (2007), «Subsidiarité», in: *Dicopo*. www.dicopo.fr/spip.php?article61 (06.07.15).

Besson, Samantha (2016a), «Human Rights in Relation», in: Smet, Stijn, ed., *Human Rights Conflicts*, Oxford: Oxford University Press, à paraître.

Besson, Samantha (2016b), «Subsidiarity in International Human Rights Law: What is Subsidiary about Human Rights?», in: Barber, Nicholas, Ekins, Richard and Yowell, Paul, ed., *Subsidiarity*, Oxford: Oxford University Press, à paraître.

Besson, Samantha (2015), «Human Rights Waivers and the Right to Do Wrong under the European Convention on Human Rights», in: *Mélanges en l'honneur de Dean Spielmann*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2015, 23–35

Buchanan, Allen (2008), «Human Rights and the Legitimacy of the International Order», in: *Legal Theory* 14, no. 1, 39–70.

Büchler, Andrea (2014), «Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften: Gedanken zum Verhältnis des Rechts zu den verschiedenen Beziehungsarrangements», in: *FamPra* 15, no. 4, 797–808.

Cahill, Maria (2006), «The Origin of Anti-Subsidiarity Trends in the Regulation of the Family», in: *International Journal of the Jurisprudence on the Family* 4, 85–114.

Conseil fédéral (2015), Rapport «Modernisation du droit de la famille», mars 2015. <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-03-250/ber-br-f.pdf> (07.07.15).

Dworkin, Ronald (1986), *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Fehr, Jacqueline (2012), Postulat «Code civil. Pour un droit de la famille moderne et cohérent», 15 juin 2012. http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20123607 (07.07.15).

Mowbray, Alastair (2015), «Subsidiarity and the European Convention on Human Rights», in: *Human Rights Law Review* 15, no. 2, 313–341.

Griffin, James (2015), «The Relativity and Ethnocentricity of Human Rights», in: Cruft, Rowan, Liao, S. Matthew, et Renzo, Massimo, ed., *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 555–569.

Raz, Joseph (2006): «The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception», in: *Minnesota Law Review* 90, 1003–1044.

Schwenzer, Ingeborg (2013), «Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen», Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», août 2013.

Shelton, Dinah L. (2006), «Subsidiarity and Human Rights», in: *Human Rights Law Journal* 27, 4–11.

Wildhaber, Luzius, Hjartarson, Arnaldur & Donnelly, Stephen (2013), «No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights», in: *Human Rights Law Journal* 33 no. 7–12, 248–263.

Table des arrêts cités

Cour européenne des droits de l'homme

CourEDH, *Association les Témoins de Jéhovah c. France*, requête no 8916/05, arrêt du 30 juin 2011 (Cinquième Section), non publié.

CourEDH, *Bargagli c. Italie*, requête no 38109/97, arrêt du 9 novembre 1999 (Deuxième Section), non publié.

CourEDH, *Burden c. Royaume-Uni*, requête no 13378/05, arrêt du 29 avril 2008 (Grande Chambre), Recueil 2008.

CourEDH, *Burghartz c. Suisse*, requête no 16213/90, arrêt du 22 février 1994 (Chambre), Série A 280-B.

CourEDH, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, requête no 28369/95, arrêt du 3 octobre 2000 (Première Section), Recueil 2000-X.

CourEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, requête no 28957/95, arrêt du 11 juillet 2002 (Grande Chambre), Recueil 2002-VI.

CourEDH, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, requête no 40454/07, arrêt du 12 juin 2014 (Cinquième Section), non publié.

CourEDH, *D.H. et autres c. République Tchèque*, requête no 57325/00, arrêt du 13 novembre 2007 (Grande Chambre), Recueil 2007-IV.

CourEDH, *E.B. c. France*, requête no 43546/02, arrêt du 22 janvier 2008 (Grande Chambre), non publié.

CourEDH, *Emonet et autres c. Suisse*, requête no 39051/03, arrêt du 13 décembre 2007 (Première Section), non publié.

CourEDH, *Evans c. Royaume-Uni*, requête no 6339/05, arrêt du 10 avril 2007 (Grande Chambre), Recueil 2007-I.

CourEDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, requêtes no 48420/10, 36516/10, 51671/10 et 59842/10, arrêt du 15 janvier 2013 (Quatrième Section), Recueil 2013.

CourEDH, *F c. Suisse*, requête no 11329/85, arrêt du 18 décembre 1987 (Cour Plénière), Série A 128.

CourEDH, *Fernández Martínez c. Espagne*, requête no 56030/07, arrêt du 12 juin 2014 (Grande Chambre), Recueil 2014.

CourEDH, *Fretté c. France*, requête no 36515/97, arrêt du 26 février 2002 (Troisième Section), Recueil 2002-I.

CourEDH, *Jäggi c. Suisse*, requête no 58757/00, arrêt du 13 juillet 2006 (Troisième Section), Recueil 2006-X.

CourEDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, requêtes no 42758/98 et 45558/99, arrêt du 17 février 2005 (Première Section), non publié.

CourEDH, *Konstantin Markin c. Russie*, requête no 30078/06, arrêt du 22 mars 2012 (Grande Chambre), Recueil 2012.

CourEDH, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, requête no 664/06, arrêt du 9 novembre 2010 (Première Section), non publié.

CourEDH, *Marckx c. Belgique*, requête no 6833/74, arrêt du 13 juin 1979 (Cour Plénière), Série A 31.

CourEDH, *Mennesson c. France*, requête no 65192/11, arrêt du 26 juin 2014 (Cinquième Section), Recueil 2014.

CourEDH, *Nolan and K. c. Russie*, requête no 2512/04, arrêt du 12 février 2009 (Première Section), non publié.

CourEDH, *Odièvre c. France*, requête no 42326/98, arrêt du 13 février 2003 (Grande Chambre), Recueil 2003-III.

CourEDH, *O'Keeffe c. Irlande*, requête no 35810/09, arrêt du 28 janvier 2014 (Grande Chambre), Recueil 2014.

CourEDH, *Palau-Martinez c. France*, requête no 64927/01, arrêt du 16 décembre 2003 (Deuxième Section), Recueil 2003-XII.

CourEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, requête no 25358/12, arrêt du 27 janvier 2015 (Deuxième Section), renvoyé devant la Grande Chambre le 1 juin 2015.

CourEDH, *Pla et Puncernau c. Andorre*, requête no 69498/01, arrêt du 13 juillet 2004 (Quatrième Section), Recueil 2004-VIII.

CourEDH, *S.A.S. c. France*, requête no 43835/11, arrêt du 1 juillet 2014 (Grande Chambre), Recueil 2014.

CourEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, requête no 30141/04, arrêt du 24 juin 2010 (Première Section), Recueil 2010.

CourEDH, *S.H. et autres c. Autriche*, requête no 57812/00, arrêt du 3 novembre 2011 (Grande Chambre), Recueil 2011.

CourEDH, *Sindicatul «Pastorul Cel Bun» c. Roumanie*, requête no 2330/09, arrêt du 9 juillet 2013 (Grande Chambre), Recueil 2013.

CourEDH, *Sommerfeld c. Allemagne*, requête no 31871/96, arrêt du 8 juillet 2003 (Grande Chambre), Recueil 2003-VIII.

CourEDH, *T.H. c. Finlande*, requête no 19823/92, décision du 9 février 1993 (Commission, Plénière), non publié.

CourEDH, *Vermeire c. Belgique*, requête no 12849/87, arrêt du 29 novembre 1991 (Chambre), Série A 214-C.

CourEDH, *Vojnity c. Hongrie*, requête no 29617/07, arrêt du 12 février 2013 (Deuxième Section), non publié.

CourEDH, *Von Hannover c. Allemagne*, requête no 59320/00, arrêt du 24 juin 2004 (Troisième Section), Recueil 2004-VI.

CourEDH, *Zaunegger c. Allemagne*, requête no 22028/04, arrêt du 3 décembre 2009 (Cinquième Section), non publié.

Cour suprême des États-Unis

USA, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc*, 134 S. Ct. 2751 (2014).

USA, *Employment Division v. Smith*, 110 S. Ct. 1595 (1990).