

La Cour Européenne des Droits de l'Homme et la protection des droits des femmes*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la protección de los derechos de las mujeres

JEAN-MANUEL LARRALDE**
jean-manuel.larralde@unicaen.fr

RÉSUMÉ

La Cour européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence protectrice des femmes, qui s'est déployée de deux manières complémentaires. S'appuyant sur le principe de non discrimination, elle contribue à promouvoir les conditions d'un traitement égal entre les hommes et les femmes en privilégiant l'universalité des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. Mais, consciente que les femmes appartiennent à un groupe spécifique qui nécessite des mesures particulières de protection, la Cour a également développé des jurisprudences s'appliquant plus spécifiquement aux femmes, leur reconnaissant partiellement un droit à la libre disposition de leur corps et imposant aux Etats européens la mise en place d'éléments de protection visant à lutter contre les violences faites aux femmes.

MOTS-CLÉS: Cour européenne des droits de l'homme, Convention européenne des droits de l'homme, droits des femmes, jurisprudence, protection, violence contre les femmes, principe de non-discrimination.

Fecha de recepción: septiembre 11 de 2012

Fecha de aceptación: octubre 2 de 2012

RESUMEN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia protectora de las mujeres que se despliega de dos maneras complementarias; de una parte, apoyándose sobre el principio de no discriminación el Tribunal contribuye a promover las condiciones de igualdad de trato entre hombres y mujeres privilegiando la universalidad de los derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos. Por otra parte, consciente de que las mujeres pertenecen a un grupo específico que requiere de medidas especiales de protección, el Tribunal ha desarrollado una jurisprudencia aplicable específicamente a las mujeres, reconociéndoles parcialmente un derecho a la libre disposición de sus cuerpos e imponiéndole a los Estados europeos la implementación de mecanismos de protección para combatir la violencia contra las mujeres.

PALABRAS CLAVES: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos, derechos de las mujeres, jurisprudencia, protección, violencia contra las mujeres, principio de no discriminación.

* Cet article est le résultat d'une recherche sur la Cour européenne des droits de l'homme élaborée par l'auteur, en particulier dans le domaine des droits émergents.

L'article a été traduit en version libre du français à l'espagnol, par la chercheuse Karen Salazar Dussán, avocate, magister en droits de l'homme et droit international humanitaire de l'Université d'Evry en France, ancien élève de l'honorable professeur Jean-Manuel Larralde et chercheuse du groupe de recherche *Libertad y Garantismo*.

** Professeur de droit public. Normandie Université. CRDFED (Centre de Recherches sur les Droits Fondamentaux et les Évolutions du Droit, EA 2132).

Les femmes sont indéniablement des sujets de droit particuliers: moitié féminine de l'Humanité, elles sont souvent perçues comme appartenant à un groupe présentant des caractéristiques propres et possédant des droits spécifiques, en particulier concernant la maîtrise de leur corps. Cette dualité d'approche marque la prise en compte des femmes dans les textes de protection supranationaux.

On trouve ainsi dès le Préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 la proclamation d'une foi «dans les droits fondamentaux de l'homme» (entendus ici comme droits de la personne humaine) et dans «l'égalité des hommes et des femmes». Ce principe est renforcé par l'article 1er qui dispose que «Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits», ce qui signifie que les femmes –comme les autres destinataires– doivent jouir de leurs droits fondamentaux sans discrimination, comme le prévoit l'article 2 de ce même texte, qui prohibe toute distinction fondée notamment sur le sexe. Les femmes sont, en dehors de ces mentions, presque totalement absentes des autres dispositions de la Déclaration¹. On retrouve une telle perspective dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, qui reconnaît

«le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques» (art. 3) et qui prévoit que «toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit, sans discrimination, à une égale protection de la loi» (art. 26). Les femmes ne formeraient donc pas une catégorie spécifique: titulaires des droits et destinataires des mesures de protection au même titre que les hommes, elles ne doivent donc subir aucune discrimination². Cette approche est également celle de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 8 décembre 2000, qui pose successivement les principes de l'égalité en droit (art. 20), et de la non discrimination, notamment fondée sur le sexe (art. 21). L'article 23 de ce texte renforce même le principe d'égalité hommes femmes, en précisant que celle-ci doit être assurée «dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération»³. Les femmes ne représentent donc pas une catégorie spécifique, mais des sujets de droits «ordinaires», qu'il faut toutefois protéger contre la discrimination.

Mais ces normes universalistes doivent être complétées par d'autres sources, qui montrent que les femmes constituent également une catégorie spécifique au regard des droits fondamentaux. Ainsi, la Convention américaine des droits

-
1. Hormis l'article 16 qui pose le principe de droits égaux des hommes et des femmes au regard du mariage et du droit de fonder une famille.
 2. Ce qui est l'optique retenue également par l'instrument international spécialement dédié aux femmes et qui porte le nom de Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 19 décembre 1979).
 3. Cette même disposition permettant, en outre, la mise en place de mesures que l'on peut qualifier de «discrimination positive», en faveur du sexe sous représenté.

de l'homme du 22 novembre 1969 pose des droits s'appliquant à «tout être humain», entendu comme une «personne» (art. 1er), mais interdit de manière plus spécifique d'infliger la peine de mort aux femmes enceintes (art. 4 §. 5) et prohibe la «traite des femmes» (art. 6 §. 1er). Au plan européen –en matière de droits sociaux–, la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 protège d'une manière générale les droits économiques et sociaux fondamentaux («Tous les travailleurs ont droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe»; principe et art. 20), mais évoque également «les travailleuses» qui «en cas de maternité, ont droit à une protection spéciale» (principe et art. 8). Dans un domaine plus répressif, le statut de Rome du 17 juillet 1998 qui fonde la Cour pénale internationale mentionne parmi les actes relevant du crime de génocide les «mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe» (art. 6). Par ailleurs, le crime contre l'humanité et le crime de guerre incluent tous deux le «viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée et toute autre forme de vio-

lence sexuelle de gravité comparable» (art. 7.1.g et 8.2.b.xxii).

La Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après Convention européenne) du 10 novembre 1950 apparaît à cet égard comme un texte très «classique», optant pour l'approche universaliste retenue par la Déclaration universelle de 1948⁴. Mais la jurisprudence dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme, sans adopter les thèses féministes les plus avant-gardistes⁵, a permis d'œuvrer pour la reconnaissance et la protection des droits des femmes, en mettant en œuvre deux leviers complémentaires. Suivant la position de principe du Conseil de l'Europe selon laquelle le principe de l'égalité des droits entre les hommes et les femmes est un «principe fondamental de la démocratie et représente un élément de la reconnaissance de la légitimité de l'identité féminine dans la vie publique»⁶, la Cour contribue tout d'abord à la promotion des conditions de mise en place d'un traitement égal de l'homme et de la femme⁷. Elle a aussi parallèlement développé des jurisprudences s'appli-

4. Les femmes n'étant évoquées dans la Convention européenne (et dans ses Protocoles ultérieurs) que par l'article 12 qui prévoit que «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.»

5. Comme le montre notamment son avis consultatif relatif à certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme rendu le 12 février 2008, dans lequel elle conclut à l'unanimité que le rejet d'une liste de candidats à l'élection aux fonctions de juge à la Cour au seul motif qu'aucune femme n'y figure n'est pas conforme à la Convention européenne des Droits de l'Homme. Dans ses Résolutions 1366 (2004) et 1426 (2005), l'Assemblée avait pourtant décidé de ne pas prendre en considération les listes de candidats ne comportant pas au moins un candidat de chaque sexe...

6. Recommandation 1229 (1994) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

7. Revendication qui figure déjà au cœur de l'article 1er de la célèbre Déclaration sur les droits de la femme et de la citoyenne rédigée par Olympe de Gouges en 1789: «La femme naît libre et demeure égale à l'homme en droit. (...) Toutes les citoyennes et

quant plus spécifiquement aux femmes: à l'universalité de la protection (I) s'ajoute aujourd'hui la reconnaissance de droits spécifiques au profit des femmes (II).

I. L'universalité de la protection

En voyant dans la Convention européenne une norme générale de protection, la Cour refuse d'appliquer ce texte de manière «catégorielle» en fonction du sexe des destinataires des droits (A). Mais une telle approche, qui postule l'égalité de droit de ses destinataires, peut en pratique aboutir à des discriminations. Une telle analyse renvoie directement à la situation des femmes, ce qui a amené la juridiction de Strasbourg à lutter contre ces discriminations afin de renforcer l'effectivité de la protection conventionnelle à leur égard (B).

A. Le refus d'une lecture féminine de la Convention européenne des droits de l'homme

Comme la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de le rappeler, «toute personne physique ou morale peut exercer son droit de recours individuel sans que la nationalité, le lieu de résidence, l'état civil, la situation ou capacité juridique entre en ligne de compte»⁸. On ne s'étonnera donc pas que la Convention européenne ne soit pas considérée comme un outil catégoriel, mais comme un «instrument de protection des êtres humains»⁹. Toutefois, en retenant une telle lecture des dispositions conventionnelles, les juges de Strasbourg semblent rejeter par principe, toute approche de genre¹⁰, qui pourrait pourtant sembler être la plus à même de protéger les droits des femmes dans certaines affaires. La lecture de certains arrêts

tous les citoyens doivent être également admissibles à toute dignité, place et emploi public, selon leurs capacités et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents».

8. Voir, inter alia, Cour EDH, *Scozzari et Giunta c/ Italie*, 13 juillet 2008; *A. c/ Royaume-Uni*, 23 septembre 1998. La Cour européenne retient ici très logiquement une lecture étymologique du mot «homme»: l'homme des droits de l'Homme est l'homo des latins, c'est-à-dire tout être relevant de la catégorie des hominidés, mâle comme femelle. Cette lecture étymologique signifie également que des droits de l'Homme qui ne s'appliqueraient qu'aux êtres humains mâles s'appelleraient des droits virils, en référence au vir des latins...
9. Cour EDH, *McCann et autres c/ Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, §§ 146-147.
10. Le mot «genre» étant ici employé au sens retenu par le Dictionnaire de la psychologie de W. D. Frölich, à savoir la différenciation entre le masculin et le féminin (identité de genre), LGF, 1997, p. 234. Alors que le mot «sexe» ferait référence aux différences biologiques entre mâles et femelles, le mot «genre» renverrait à la culture et à la classification sociale en «masculin» et «féminin». A. Oakley, citée par C. Zaidman dans la préface à l'ouvrage de E. Goffman, *L'arrangement des sexes*, La Dispute, 2009, p. 19. La Commission européenne a aussi proposé une définition commune du genre en tant que «concept qui se réfère aux différences sociales entre les femmes et les hommes qui sont acquises, susceptibles de changer avec le temps et largement variables tant à l'intérieur que parmi les différentes cultures». 100 mots pour l'égalité, 1998. Voir également J. Hay, «Le casse-tête de la traduction du mot «gender» en français», ILCEA, 2002, n° 3, <http://ilcea.revues.org/index832.html>; M.-C. Belleau, «Les théories féministes: droit et différence sexuelle», Revue trimestrielle de droit civil, janvier-mars 2001, n° 1, pp. 1 et s.



La revendication par les femmes de la libre disposition de leur corps a constitué l'une des plus importantes revendications des groupes féministes, en particulier dans les décennies 1960 et 1970.

84

apparaît alors parfois décevante, tant la Cour, en retenant un traitement général et abstrait de la question, s'applique à gommer la spécificité féminine des requêtes.

L'arrêt *Baran c/ Turquie* du 10 février 2005 apparaît comme l'exemple type de cette démarche universaliste. Dans cette affaire, la requérante se plaignait d'une condamnation au pénal par les juridictions turques, en raison de la diffusion d'une brochure intitulée *La Fondation pour la solidarité avec les femmes kurdes et la recherche sur*

les problèmes des femmes. Elle soulignait que cette publication insistait sur la discrimination subie par les femmes kurdes dans le sud-est anatolien, marquant sa solidarité avec les problèmes des femmes en les appelant à défendre les droits des femmes soumises à la discrimination et à la violence. Elle y dénonçait notamment une «colonisation de classe», subie par les femmes kurdes, ayant abouti à les écraser à cause de leur identité sexuelle et de leur appartenance à une nation et une identité différente¹¹. Attentatoire à la liberté d'expression de la requérante, la condamnation subie par celle-ci pouvait poser bien des questions au regard de la condition des femmes en Turquie. Or, si la Turquie est bien condamnée pour violation de sa liberté d'expression, c'est en raison d'une peine disproportionnée infligée à la requérante, au regard de propos qui ne contenaient ni discours de haine, ni incitation à l'usage de la violence, à la résistance armée, ou au soulèvement. Le contenu de la brochure, visant à promouvoir les droits des femmes, ne constitue pas ici un élément décisif dans le raisonnement de la Cour¹².

Dans une perspective comparable, l'arrêt *Emine Yasar c/ Turquie* du 9 février 2010 ne fait pas du rassemblement de la quarantaine de femmes, qui est à l'origine de l'affaire, un élément déterminant pour aboutir à un constat de violation de l'article 3 de la Convention européenne. La Turquie est ici uniquement condamnée pour avoir utilisé de

11. Voir les § 14 et 25 de l'arrêt.

12. Celle-ci se contente de relever que «la brochure litigieuse (...) consistait à brosser un tableau général, avec sans doute un parti pris, en critiquant le statut et la condition générale de la femme kurde dans le sud-est anatolien». § 30 de l'arrêt.

manière excessive la force aux fins de réprimer une manifestation légale. Certes, la Cour rappelle bien que le constat de violation de l'article 3 est «relatif par essence» et qu'il dépend «de l'ensemble des circonstances propres à l'affaire», et notamment «du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime» (§ 49). Mais rien ne permet pour autant de penser que la répression violente de manifestants masculins aurait conduit la Cour à adopter une solution différente!

On constate également dans l'affaire *E. et autres c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 2002, où les requérants (trois sœurs et un frère) se plaignaient des abus physiques et sexuels commis par le partenaire de leur mère pendant de nombreuses années, que la Cour ne distingue pas selon le sexe des jeunes victimes: ses exigences¹³ s'appliquent aussi bien aux trois requérantes qu'à leur frère¹⁴.

On peut aussi penser que les mauvais traitements subis par la requérante dans l'affaire *Fahriye Çaliskan c/ Turquie*¹⁵ s'expliquent assez largement parce que celle-ci est une femme, en situation de particulière vulnérabilité face à des

policiers masculins. Or le constat de violation de l'article 3 de la Convention européenne effectué par la Cour ne renvoie à aucun moment au sexe de la victime qui donnerait une tonalité particulière à l'affaire. Pour la Cour, en effet, les coups relèvent «d'un traitement avilissant, propre à inspirer des sentiments de peur et de vulnérabilité disproportionnés et qui ne pouvait, par conséquent, correspondre à un usage de la force rendu strictement nécessaire» (§ 43). Une solution totalement identique aurait donc pu être retenue par les juges de Strasbourg si la victime avait été de sexe masculin.

Cette volonté d'adopter, dans la mesure du possible, une démarche asexuée dans le traitement des requêtes soumises à leur compétence, a même conduit les organes de Strasbourg à des solutions niant toute spécificité féminine à des affaires qui n'auraient pourtant dû concerner que des femmes.

Ainsi dans l'affaire *X. c/ Royaume-Uni*¹⁶, le requérant était l'époux d'une femme qui s'était faite avorter en application de la loi anglaise

13. Les Etats doivent veiller, au moyen des encadrements législatifs, administratifs ou judiciaires adéquats, à ce que des violations de la Convention européenne ne soient pas commises. En l'espèce, les services sociaux n'ont pas pris les mesures dont on peut raisonnablement penser qu'elles étaient à leur disposition et qui auraient eu de réelles chances de changer l'issue de l'affaire ou, à tout le moins, de modérer le dommage subi par les enfants.

14. Voir également l'arrêt *X. et Y. c/ Pays-Bas* du 26 mars 1985, concernant une jeune handicapée mentale contrainte à des rapports sexuels. Pour la Cour, les dispositions du code pénal n'ont pas assuré dans les circonstances de l'affaire une protection concrète et effective.

15. Cour EDH., *Fahriye Çaliskan c/ Turquie*, 2 octobre 2007. L'intéressée, qui s'entretenait avec un agent, a été injuriée, secouée, frappée sur la tête et pincée aux bras par un commissaire qui lui a également tiré les cheveux et craché au visage. Ces sévices ont entraîné une incapacité temporaire de cinq jours.

16. Com. EDH, décision du 13 mai 1980, n° 8416/79, D.R., vol. 19, p. 244.

de 1967 autorisant l'interruption volontaire de grossesse pour protéger la vie de la femme et prévenir la naissance d'un enfant dont il y avait lieu de croire qu'il souffrirait de graves handicaps mentaux ou physiques. On aurait pu penser que la qualité masculine du requérant dans une affaire d'avortement allait aboutir à une décision d'irrecevabilité. Bien au contraire, ce requérant, sera vu par la Commission comme un père virtuel, ayant été affecté par l'interruption de grossesse de sa femme et pouvant donc être considéré comme victime au sens de la Convention européenne¹⁷. Si cette affaire a permis le développement de la notion de «victime potentielle», c'est au détriment d'une lecture purement féminine de l'affaire.

86

L'arrêt *Rantsev c/ Chypre et Russie* rendu par la Cour le 7 janvier 2010 démontre également la volonté de ne pas adopter une approche sexospécifique. Dans cette affaire de prostitution forcée (concernant une jeune femme russe arrivée à

Chypre avec un visa d'«artiste», pour se produire dans un «cabaret» et décédée d'une chute du sixième étage de son appartement), la Cour motive son arrêt en faisant référence au «trafic d'êtres humains», qui «menace la dignité humaine et les libertés fondamentales de ses victimes» (§ 282). On peut certes considérer qu'il s'agit là d'un arrêt posant des exigences importantes pour la protection des femmes¹⁸, mais le résultat est obtenu par référence à la dignité humaine, concept renvoyant à des bénéficiaires femmes comme hommes¹⁹. La même démarche est retenue par la Cour dans son arrêt *Tremblay c/ France* du 11 septembre 2007²⁰: face à une requérante ancienne prostituée évoquant ses difficultés à quitter ce milieu en raison de la politique fiscale des autorités françaises, les juges de Strasbourg adoptent un raisonnement global, en refusant d'en faire une question purement féminine.

Ce constat de refus d'une lecture sexuée de la Convention européenne doit toutefois être atté-

17. La Commission n'allant toutefois pas jusqu'à reconnaître une violation de son droit à la vie familiale du père, car ce droit était en l'espèce couvert par l'exception ménagée par le § 2 de l'article permettant de protéger la protection des droits d'autrui, en l'occurrence le droit à la vie et à la santé de sa femme.

18. La Cour estime que l'article 4 de la Convention européenne impose aux Etats de mettre en place un dispositif légal et administratif adapté à la lutte contre le trafic des êtres humains et la protection des personnes lorsque les circonstances peuvent faire légitimement soupçonner qu'elles sont victimes de faits de cette nature.

19. Le raisonnement suivi par la Cour est ici d'autant plus étonnant que le Conseil de l'Europe n'hésite généralement pas à voir dans ces questions des violations spécifiques des droits des femmes. Ainsi, pour la Résolution 1337 (2003) et la Recommandation 1610 (2003) sur les migrations liées à la traite des femmes et à la prostitution du 25 juin 2003. Ce dernier texte demande notamment «la création de conditions permettant (aux) femmes migrantes qui sont victimes des trafiquants et de la prostitution forcée de regagner leur pays dans des conditions de dignité et de sécurité».

20. Voir C. Geslot, «Prostitution, dignité... Par ici la monnaie», Recueil Dalloz, 2008, pp. 1292 et s.; J.-M. Larralde, «La France, Etat proxénète?; à propos de l'arrêt Tremblay c. France du 11 septembre 2007», Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2009, n° 77, pp. 191 et s.

nué car la Cour n'ignore pas les discriminations dont souffrent les femmes dans la jouissance de nombreux droits fondamentaux, ce qui l'amène à mobiliser les outils conventionnels disponibles afin de lutter contre ces discriminations.

B. La volonté de lutter contre les discriminations

Pour la Cour, la Convention européenne constitue un instrument juridique qui requiert d'être «interprété et appliqué d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives»²¹. Placées sur un pied d'égalité théorique avec les hommes, les femmes subissent de très nombreuses discriminations dans des domaines touchant tant à leur vie professionnelle, qu'à l'accès à la représentation politique, à leur intégrité physique, ou encore à leur vie privée et familiale. Au plan européen, le Comité des ministres constatait en 1988 que «dans la société actuelle, des inégalités entre les hommes et les femmes subsistent tant dans le droit que dans les faits»²². Vingt ans

après, il indiquait dans le même sens que «le statut juridique des femmes en Europe s'est amélioré au cours des dernières années, mais que 20 ans après sa Déclaration sur l'égalité des femmes et des hommes, combler le fossé entre l'égalité en fait et en droit demeure un défi pour ses États membres»²³. Consciente de la persistance de ces discriminations, la Cour européenne des droits de l'homme s'est servie des potentialités offertes par l'article 14 de la Convention européenne pour mettre en place les conditions d'une égalité entre les hommes et les femmes. En vertu de cette disposition, «la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe (...)»²⁴. Pour la Cour, ce principe de non discrimination constitue un «principe fondamental» qui «sous-tend la Convention»²⁵. En utilisant ainsi l'arme de la non discrimination sexuelle, elle se place dans la perspective de la Convention onusienne du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes²⁶ qui demande aux États parties de prendre «(...) toutes les mesures appro-

21. Cour EDH, *McCann et autres c/ Royaume-Uni*, précité, §§ 146-147.

22. «Déclaration sur l'égalité des femmes et des hommes», adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 16 novembre 1988, lors de sa 83e session.

23. «Faire de l'égalité entre les femmes et les hommes une réalité dans les faits», déclaration adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 12 mai 2009, lors de sa 119ème session.

24. La portée de cette disposition ayant été étendue par l'entrée en vigueur le 1er avril 2005 du Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme qui prohibe toute discrimination (fondée notamment sur le sexe) dans «la jouissance de tout droit prévu par la loi» (art. 1er, § 1er).

25. Cour EDH, *Strain et autres c/ Roumanie*, 21 juillet 2005, § 59.

26. Qui définit la discrimination à l'égard des femmes comme «(...) toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que

priées, y compris des dispositions législatives, pour assurer le plein développement et le progrès des femmes, en vue de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes» (art. 3).

La méthode suivie par la Cour en matière de lutte contre les discriminations sexuelles est bien connue, puisqu'on la retrouve notamment exprimée dans un arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, qui a aujourd'hui plus de vingt-cinq ans²⁷. Dans cette affaire, qui concernait les règles de droit anglais en vertu desquelles un homme installé au Royaume-Uni pouvait, plus aisément qu'une femme dans la même situation, obtenir pour son conjoint non national l'autorisation d'entrer ou rester dans le pays à demeure²⁸, les juges de Strasbourg indiquent que «seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la

Convention une distinction fondée sur le sexe», car «la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe»²⁹.

Certes cette grille de lecture jurisprudentielle n'aboutira pas immédiatement à ce que la Cour déclare contraires à la Convention européenne toutes les situations établissant des distinctions entre les hommes et les femmes³⁰. Dans son arrêt *Petrovic c/ Autriche* du 27 mars 1998 la Cour valide ainsi le dispositif législatif autrichien de l'époque qui réservait l'allocation de congé parental à la mère, et non au père, après une période de huit semaines à compter de l'accouchement et après l'extinction du droit aux allocations de maternité. Mais l'arrêt n'est acquis qu'à la majorité de sept voix contre deux. Et dans leur opinion dissidente commune, les juges Bernhardt et Spielmann indiquent que c'est «la répartition traditionnelle des responsabilités familiales

soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine».

27. Arrêt du 28 mai 1985. En cela, la Cour de Strasbourg suit l'exemple de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui a depuis plus longtemps encore œuvré pour l'égalité de traitement professionnel entre les hommes et les femmes. Voir l'arrêt *Defrenne* du 8 avril 1976, aff. 43/75, Rec., p. 455.

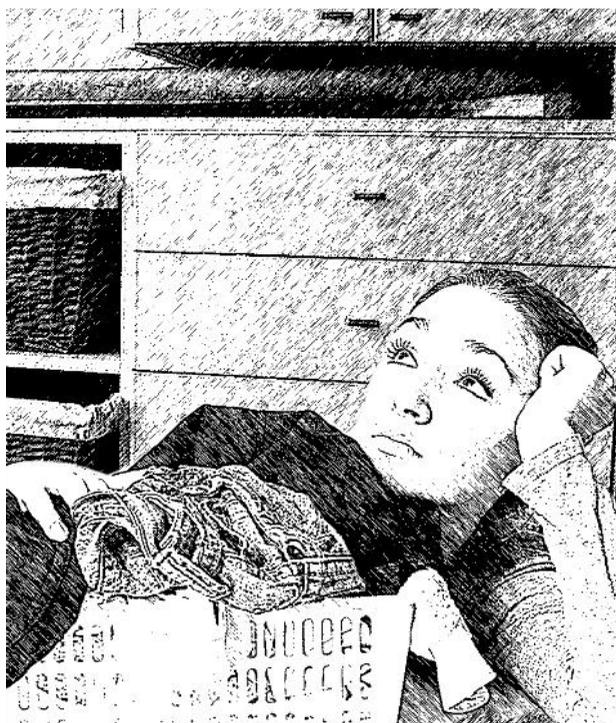
28. Les autorités britanniques soutenaient que cette mesure visait à freiner «l'immigration primaire» et répondait au besoin de protéger le marché national du travail à une époque de fort chômage. La solution de cet arrêt aboutira toutefois à une victoire à la Pyrrhus, car en réponse à la condamnation de la Cour le Gouvernement modifiera le droit interne pour imposer les mêmes difficultés d'accès au territoire aux époux et aux épouses...

29. § 78. La Cour a eu l'occasion de rappeler plus récemment, dans son arrêt *Konstantin Markin c/ Russie* du 7 octobre 2010 que l'interdiction de la discrimination est particulièrement stricte lorsque cette dernière est «fondée exclusivement sur le sexe» (§ 37-41 de l'arrêt).

30. Même si dès 1993, dans un domaine tout à fait spécifique, la Cour juge qu'il n'existe aucune justification objective et raisonnable à affirmer que les jeunes hommes âgés de quatorze à dix-huit ans ont besoin d'être protégés contre les rapports sexuels avec des hommes adultes, alors que les jeunes femmes appartenant à la même tranche d'âge pourraient se passer d'une telle protection contre des relations avec des hommes ou des femmes adultes. Cour EDH, *L. et V. c/ Autriche*, 9 avril 2003.

entre les mères et les pères qui a débouché sur la législation autrichienne ne reconnaissant qu'aux mères le droit à une allocation de congé parental. La discrimination envers les pères perpétue cette répartition traditionnelle des rôles et peut aussi avoir des conséquences négatives pour la mère: si celle-ci poursuit son activité professionnelle et consent à ce que le père reste au foyer, la famille perd l'allocation de congé parental à laquelle elle aurait droit si la mère demeurait chez elle».

Cet argumentaire contestant toute «répartition traditionnelle des rôles» aura rapidement vocation à s'appliquer dans le domaine tout à fait symbolique du nom des époux. La Cour sera ainsi amenée à juger quelques années plus tard que « le souci du législateur suisse de manifester l'unité de la famille à travers celle du nom» (en limitant délibérément à la femme le droit d'ajouter le sien à celui de son mari... sans prévoir la réciproque) constitue une violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne³¹. Plus récemment, la Cour a jugé que la loi turque qui prévoit que la femme mariée ne peut porter exclusivement son nom de jeune fille après le mariage, alors que l'homme marié garde son nom de famille tel qu'il l'était avant le mariage, constitue une discrimination³². Mettant en avant la progression de l'égalité entre les sexes dans les Etats membres, les juges de Strasbourg balayaient ici les arguments du Gouvernement qui tentait de justifier sa législation par la volonté



On ne peut limiter la jurisprudence relative aux femmes dans l'œuvre de la Cour européenne des droits de l'homme au seul couple universalité/lutte contre les discriminations. En effet, les femmes sont également prises en compte comme membres d'un groupe spécifique, qui nécessite la mise en œuvre de mesures particulières de protection.

de manifester l'unité de la famille à travers celle du nom de famille emprunté à l'époux et ainsi, d'assurer l'ordre public.

31. Cour EDH, *Burghartz c/ Suisse*, 22 février 1994.

32. Cour EDH, *Ünal Tekeli c/ Turquie*, 16 février 2005. Voir également Cour EDH, *Losonci Rose et Rose c/ Suisse*, 9 novembre 2010, à propos des discriminations pesant sur les noms de famille des couples binationaux.

Cette jurisprudence est importante non seulement parce qu'elle permet de lutter contre des discriminations concrètes, mais surtout parce qu'elle participe, de manière plus prospective, à rejeter les schémas dépassés qui ont abouti à assigner des rôles traditionnels et immuables aux femmes et aux hommes, en raison de pratiques, traditions culturelles ou religieuses ancrées dans de nombreuses sociétés³³. L'argument des différences entre les sexes a, en effet, longtemps servi de justification, de manière souvent archétypale, pour de très nombreuses inégalités. Et comme l'indique explicitement la Convention onusienne de 1979, la lutte contre les discriminations à l'égard des femmes passe évidemment par le changement des normes, mais également par des modifications des pratiques, procédures ou stéréotypes qui s'avèrent nuisibles pour les femmes³⁴.

Dans l'affaire *Schuler-Zraggen c/ Suisse* du 24 juin 1993, l'examen de la demande de rente de l'intéressée par le Tribunal fédéral des assu-

rances avait ainsi reposé sur une «hypothèse tirée de l'expérience de la vie courante» (§ 64), à savoir que nombre de femmes mariées interrompent leur activité professionnelle à la naissance de leur premier enfant et ne la reprennent que plus tard. La Cour, suivant ici la requérante qui estimait que si elle appartenait au sexe masculin, jamais la haute juridiction n'aurait formulé pareille supposition, juge que ce raisonnement, qui ne reposait sur aucune justification objective et raisonnable, a abouti à violer la Convention européenne. Dans l'arrêt *Wessels-Bergervoet c/ Pays-Bas* du 4 septembre 2002, la Cour nous indique qu'une différence de calcul de pensions vieillesse entre les femmes et les hommes³⁵ pouvait peut-être se justifier dans un temps où «les attitudes sociales (...) étaient différentes en ce que c'était la plupart du temps les hommes qui assuraient la subsistance de leur ménage» (§ 51). Mais à la fin des années 1980, de telles règles ne renvoient à aucune «justification objective et raisonnable» (§ 27) et constituent donc une violation conventionnelle³⁶.

33. Dans l'arrêt *Konstantin Markin c/ Russie* du 22 mars 2012, la Grande Chambre de la Cour indique que «les stéréotypes liés au sexe –telle l'idée que ce sont plutôt les femmes qui s'occupent des enfants et plutôt les hommes qui travaillent pour gagner de l'argent– ne peuvent en soi passer pour constituer une justification suffisante de la différence de traitement en cause, pas plus que ne le peuvent des stéréotypes du même ordre fondés sur la race, l'origine, la couleur ou l'orientation sexuelle» (§ 143). Voir N. Hervieu, «Condamnation solennelle des stéréotypes de genre dans la répartition des rôles parentaux», *Actualités droits-libertés*, 27 mars 2012.

34. L'art. 5 a) de la Convention onusienne demande aux Etats membres de prendre toutes les mesures appropriées, afin d'aboutir à la modification des «schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes».

35. L'intéressée avait été exclue, pour une période totale de dix-neuf ans, de la couverture prévue, car elle était mariée à un homme qui, travaillant à l'étranger, n'était pas couvert par ce régime d'assurance. Or, un homme marié dans la même situation que la requérante n'aurait pas été ainsi exclu du régime d'indemnisation...

36. Voir, dans le même sens, l'arrêt *Stec c/ Royaume-Uni* du 12 avril 2006, où la Cour nous indique qu'une différence entre les hommes et les femmes quant à l'âge légal du départ à la retraite pouvait légitimement viser à corriger des «inégalités factuelles»,

D'une manière beaucoup plus générale, la lutte contre la discrimination et la volonté de promouvoir l'égalité des hommes et des femmes a surtout amené la Cour à se prononcer sur l'influence de certaines règles religieuses sur la situation des femmes. Dans son arrêt *Refah Partisi et autres c/ Turquie* du 13 février 1993, la Cour rappelle ainsi qu'un Etat partie peut légitimement empêcher «que les règles de droit privé d'inspiration religieuse portant atteinte à l'ordre public et aux valeurs de la démocratie au sens de la Convention (par exemple les règles permettant la discrimination fondée sur le sexe des intéressés, telles que la polygamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession) trouvent application sous sa juridiction» (§ 128). La Cour reprendra le même type d'argumentaire dans sa décision d'irrecevabilité de l'affaire *Dahlab c/ Suisse* du 15 février 2001. Selon elle, ce «signe extérieur fort» qu'est le foulard apparaît «difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes»³⁷.

Cette volonté de faire échapper femmes et hommes de cadres préétablis ne s'exprime pas de manière unilatérale³⁸: la fin des stéréotypes fondés sur le sexe signifie aussi dans certains cas la suppression d'avantages ou de privilèges qui avaient pu être jusqu'alors réservés aux seules femmes, comme le montre l'affaire *Konstantin Markin c/ Russie* du 7 octobre 2010. Rejetant tout schéma traditionnel pour l'éducation des enfants et soulignant une tendance générale vers un partage plus équitable de la responsabilité des hommes et des femmes en la matière, la Cour refuse que la durée d'un congé parental puisse être différente selon qu'il est accordé à la mère ou au père de l'enfant³⁹. Dans le même sens, des mesures aboutissant à ce que l'obligation civique du service de jury pèse de manière prédominante sur les hommes constituent une différence de traitement non justifiée entre deux groupes –les hommes et les femmes– qui, en ce qui concerne cette obligation, se trouvent dans une situation similaire⁴⁰. La législation du Land

à une époque où le rôle de la femme consistait traditionnellement à s'occuper, sans rémunération, de sa famille au sein de son foyer plutôt que d'exercer une occupation professionnelle rémunérée. Une telle analyse ne reposerait plus aujourd'hui sur des critères raisonnables et objectifs.

37. La Cour relevant également la difficulté «de concilier le port du foulard islamique par une enseignante avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que, dans une démocratie, tout enseignant doit transmettre à ses élèves».

38. Comme le montre également la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne qui condamne la possibilité pour les Etats membres de l'Union «de maintenir sans limitation dans le temps une dérogation à la règle des primes et des prestations unisexes (d'assurance)» (ce qui aboutissait à faire payer aux jeunes conductrices des tarifs d'assurances automobiles plus faibles que ceux des jeunes conducteurs), car «contraire à la réalisation de l'objectif d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes». CJUE, 1er mars 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL (Gr. ch.)*, aff. C 236/09, § 32.

39. Note N. Hervieu, *Actualité droits-libertés*, 8 octobre 2010. Voir également l'arrêt *Weller c/ Hongrie* du 31 mars 2009 où la Cour sanctionne l'absence de but légitime poursuivi par l'exclusion du bénéfice d'indemnités de maternité d'un père biologique et de ses enfants au motif que leur épouse ou mère ne pouvait les percevoir à défaut de posséder la nationalité hongroise.

40. Cour EDH, *Zarb Adami c/ Malte*, 20 juin 2006.

de Bade-Wurtemberg exigeant des seuls habitants de sexe masculin d'une commune le paiement d'une contribution de sapeur-pompier, ou l'exonération des seules femmes célibataires sans enfants, de quarante-cinq ans et plus, de l'obligation de verser des cotisations au titre de la loi générale sur les allocations familiales⁴¹, renvoient également à de tels stéréotypes désormais non conformes aux exigences européennes⁴². C'est enfin la lutte contre le rôle prédéterminé des mères et pères qui a conduit la Cour à déclarer discriminatoire et contraire à la Convention européenne la position de principe adoptée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande selon laquelle toute demande de garde conjointe formulée par le père contre le gré de la mère doit d'emblée être présumée contraire à l'intérêt de l'enfant⁴³.

92

Le renforcement des exigences de la Cour en matière de non discrimination a permis de faire évoluer les places respectives des femmes et des hommes dans de nombreux domaines et, ces faisant, d'assurer une application plus universelle du texte de 1950. Mais il ne s'agit que du premier volet de la protection, car la Cour de Stras-

bourg a, parallèlement, reconnu aux femmes un certain nombre de droits spécifiques.

II. La reconnaissance progressive de droits spécifiques pour les femmes

On ne peut limiter la jurisprudence relative aux femmes dans l'œuvre de la Cour européenne des droits de l'homme au seul couple universalité/lutte contre les discriminations. En effet, les femmes sont également prises en compte comme membres d'un groupe spécifique, qui nécessite la mise en œuvre de mesures particulières de protection. Comme l'indique la juge Françoise Tulkens, cette approche renvoie, mutatis mutandis, au concept de «l'universalité inclusive» qui consiste à prendre en compte la spécificité de certains groupes qui ne répondent pas au modèle dominant⁴⁴. Cette prise en compte particulière des femmes a abouti à ce que la Cour reconnaisse partiellement le droit des femmes à la libre disposition de leur corps (A) et impose aux Etats la mise en place d'éléments de protection visant à lutter contre les violences faites aux femmes (B).

41. Exonération justifiée par «le désir de ménager la sensibilité des femmes d'un certain âge n'ayant pas d'enfants» (§ 44). Cour EDH, Van Raalte c/ Pays-Bas, 28 janvier 1997.

42. Pour le Gouvernement, «en l'imposant aux seuls hommes, le législateur aurait tenu compte des exigences spécifiques du service et des particularités physiques et psychiques de la femme, et il n'aurait poursuivi qu'un seul but, la protection de celle-ci» (§ 27). Cour EDH, Karlheinz Schmidt c/ Allemagne, 18 juillet 1994.

43. Cour EDH, Zaunegger c/ Allemagne, 3 décembre 2009.

44. F. Tulkens, «Droits de l'homme, droits des femmes. Les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'homme», intervention à la Vrije Universiteit Brussel, 9 mars 2007, p. 10 (source: http://www.ies.be/files/Fr.Tulkens.Notes_de_support_au_cours_du_9_mars_2007.pdf); Voir également (cité par l'auteure), E. Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff, 2001, p. 295.

A. Le droit des femmes à la libre disposition de leur corps

La revendication par les femmes de la libre disposition de leur corps a constitué l'une des plus importantes revendications des groupes féministes, en particulier dans les décennies 1960 et 1970. Mettant en avant le slogan «our bodies, ourselves», les mouvements de libération de la femme luttèrent alors pour la reconnaissance d'un droit à la contraception et à l'interruption volontaire de grossesse.

On sait que depuis quelques années la Cour a promu de manière considérable la notion d'autonomie personnelle, qui constitue désormais l'une des composantes majeures du droit à la vie privée⁴⁵. En reconnaissant la «faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend»⁴⁶, la jurisprudence de Strasbourg aurait pu reconnaître aux femmes la maîtrise de leur corps, notamment concernant le choix ou non de donner la vie. Or, les choses sont plus compliquées, car les choix opérés par la femme dans ce domaine doivent être mis en balance avec d'autres intérêts: respect des droits du futur père, protection du fœtus et de l'enfant à naître... Cet environnement juridique a conduit la Cour européenne des droits de

l'homme à adopter des solutions souvent complexes, et parfois peu linéaires.

Certes, on ne peut contester que la Cour de Strasbourg a permis de faire respecter une plus grande maîtrise des femmes sur leur corps⁴⁷, en formulant des solutions privilégiant le droit des femmes. Ainsi, dans son arrêt, *Odièvre c/ France* du 13 février 2003, la Cour valide le dispositif prévu par la loi française du 8 janvier 1993, permettant à une femme un «accouchement sous X», en précisant que «la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons «sauvages» » (§ 45). Le droit à la connaissance de ses origines s'efface ici devant «l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées» (§ 44). De même dans son arrêt *V. C. c/ Slovaquie* du 8 novembre 2011, la Cour condamne l'Etat pour avoir pratiqué la stérilisation d'une jeune femme slovaque d'origine Rom sans qu'elle n'y ait consenti de façon éclairée (violation des art. 3 et 8), l'intéressée ayant en effet été invitée par l'équipe médicale à signer le formulaire de

45. Cour EDH, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002; *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 12 juillet 2002, § 90.

46. Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, précité, § 62.

47. Conformément à la philosophie globale du Conseil de l'Europe en la matière, exprimée notamment dans la Résolution 1247 (2001) du 22 mai 2001 relative aux mutilations sexuelles féminines, où l'Assemblée parlementaire proclame «la prééminence, sur les coutumes et sur les traditions, des principes universels du respect de la personne, de son droit inaliénable de disposer d'elle-même et de la pleine égalité entre les hommes et les femmes».

consentement alors même qu'elle se trouvait en dernière phase du travail d'accouchement de son second enfant...⁴⁸.

La jurisprudence libérale de la Cour ne signifie toutefois pas qu'elle reconnaisse aux femmes un droit absolu à contrôler leur fécondité et les modalités de la reproduction. En particulier, la Cour de Strasbourg n'admet pas que le droit à la vie privée et familiale des femmes inclue un «droit à l'enfant». Dans l'affaire *Evans c/ Royaume-Uni* du 10 avril 2007 la Grande Chambre, tout en précisant que la notion de «vie privée» recouvre le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir (§ 58), ceci n'impose pas pour autant à l'État l'obligation positive de garantir aux femmes qui ont effectué une fécondation in vitro la possibilité de se faire implanter un embryon alors que leur ex-partenaire ne le souhaite plus. Pour la Cour, en effet, «il n'y a pas

lieu d'accorder davantage de poids au droit de la requérante au respect de son choix de devenir parent au sens génétique du terme qu'à celui de J. (son compagnon) au respect de sa volonté de ne pas avoir un enfant biologique avec elle» (§ 90)⁴⁹.

Mais c'est surtout au regard de la sensible question de l'interruption volontaire de grossesse que l'on découvre une jurisprudence particulièrement peu protectrice des femmes. Les organes de Strasbourg refusent, en effet, de consacrer un droit à l'avortement, même s'ils imposent désormais aux Etats des mesures positives dans la mise en œuvre des interruptions volontaires de grossesse⁵⁰.

Refusant initialement tout examen in abstracto de la compatibilité de lois concernant l'interruption volontaire de grossesse avec l'article 2 de la Convention européenne⁵¹, la Commission

48. La Cour rappelle que «la stérilisation constitue une ingérence majeure concernant l'état de santé d'une personne en matière de procréation» et «affecte de multiples aspects de l'intégrité personnelle d'une personne dont son bien-être physique et mental ainsi que sa vie émotionnelle, spirituelle et familiale» (§ 106). En conséquence, le «consentement éclairé» des femmes concernées constitue une exigence préalable à de telles pratiques, même en admettant que celle-ci puissent être nécessaire d'un point de vue médical» (§ 110). Voir N. Hervieu, «Stérilisation sans consentement éclairé et fluctuations conventionnelles sur l'identification des discriminations raciales», *Lettre d'actualités droits-libertés*, 14 novembre 2011.

49. Dans leur opinion dissidente commune, les juges Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielman et Ziemele ont rappelé au contraire qu'«une femme se trouve placée dans une situation différente d'un homme du point de vue de la naissance d'un enfant, y compris lorsque la législation autorise des méthodes de fécondation artificielle».

50. Ce qui passe également par la protection de la liberté d'expression de ceux et celles qui œuvrent en faveur de la dépénalisation de l'avortement. Ainsi dans son arrêt *Women on waves c/ Portugal* du 3 février 2009, la Cour indique que sans sous-estimer «l'importance accordée par l'Etat portugais à la protection de la législation en matière d'interruption de grossesse (...) ainsi qu'aux principes et valeurs qui la sous-tendent», elle se doit de souligner «que c'est justement lorsqu'on présente des idées qui heurtent, choquent et contestent l'ordre établi que la liberté d'expression est la plus précieuse» (§ 42). Voir également l'arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande* du 29 octobre 1992, qui a entraîné des modifications du droit irlandais, afin de permettre aux femmes d'accéder aux informations disponibles en Irlande sur les services d'IVG existant dans d'autres pays.

51. Requête X c/ Norvège, no 867/60, décision de la Commission du 29 mai 1961, D.R., vol. 6, p. 34. Ce contournement volontaire de la question complexe de l'avortement sera également effectué dans le célèbre arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande*

européenne des droits de l'homme a ensuite estimé que la législation régissant l'interruption volontaire de grossesse relève du domaine de la vie privée de la femme, étant donné que pour toute femme enceinte, la vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe en elle⁵². Mais cette analyse autorisait que le respect du fœtus puisse être de nature à limiter le respect de la vie privée de la femme enceinte. Il faut attendre 1980 pour que la Commission européenne des droits de l'homme indique de manière explicite que l'interruption volontaire de grossesse est compatible avec l'article 2 § 1 de la Convention européenne (qui protège le droit à la vie) au nom de la protection de la vie et de la santé de la mère. Pour la commission, «l'avortement se trouve couvert par une limitation implicite du «droit à la vie» du fœtus pour, à ce stade, protéger la vie et la santé de la femme»⁵³. Cette approche sera confirmée dans l'affaire *Boso c/ Italie* du 5 septembre 2002: la liberté d'avorter de la femme enceinte et sa santé l'emportent sur d'autres considérations, «à supposer même que, dans certaines circonstances, le fœtus puisse être considéré comme un titulaire de droits protégés par l'article 2 de la Convention». Et dans l'arrêt *Vo c/ France* du 8 juillet 2004, la Cour souligne encore plus explicitement que «même si les organes de la Convention n'excluent pas que, dans



Le principe de l'égalité des droits entre les hommes et les femmes est un «principe fondamental de la démocratie et représente un élément de la reconnaissance de la légitimité de l'identité féminine dans la vie publique», la Cour contribue tout d'abord à la promotion des conditions de mise en place d'un traitement égal de l'homme et de la femme.

(précité), selon lequel l'interdiction de diffuser des informations relatives aux possibilités d'aller avorter à l'étranger n'amenait pas à se prononcer sur l'existence ou non d'un droit à l'avortement, mais visait seulement l'entrave au droit de communiquer ou de recevoir des informations sur les IVG à l'étranger et relevait donc seulement d'une discussion relative à l'application de l'article 10 de la Convention européenne.

52. Com. EDH, *Brüggemann et Scheuten c/ Allemagne*, requête n° 6959/75, décision du 19 mai 1976, D.R., 10, p. 123.

53. Requête *X. c/ Royaume-Uni*, précitée, D.R., 19, p. 262. Cette solution sera confirmée sur ce point par l'arrêt *Vo c/ France*, précité, § 80.

certaines circonstances, des garanties puissent être admises au bénéfice de l'enfant non encore né», le « droit à la vie » (du fœtus), s'il existe, se trouve implicitement limité par les droits et les intérêts de sa mère » (§ 80). Les données du problème semblent donc claires pour la Cour: si le droit à la vie de la personne humaine reconnu après la naissance est intangible, le droit du fœtus n'est lui que relatif et peut se voir supplanté par le droit à l'avortement d'une femme enceinte dont la santé serait en jeu.

Ce raisonnement par étapes n'a toutefois pas conduit la Cour à reconnaître aux femmes, un véritable droit à l'avortement protégé par la Convention européenne. Après avoir évité pendant longtemps d'adopter sur ce point une position de principe, la Grande Chambre a fini par juger dans son arrêt A, B et C c/ Irlande du 16 décembre 2010 que « l'article 8 ne saurait (...) s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement » (§ 214). Pour la Cour, la légis-

lation irlandaise est « basée (...) sur des valeurs morales profondes concernant la nature de la vie » (§ 226) et elle valide donc « le but légitime de protéger la morale, dont la défense du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect en Irlande »⁵⁴. Selon elle, puisqu'en effet il n'existe toujours pas de consensus européen sur la question du commencement de la vie⁵⁵, il faut « accorde(r) aux Etats une marge d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître (et) quant à la façon de ménager un équilibre entre cette protection et celle des droits concurrents de la femme enceinte »⁵⁶. L'analyse de la Commission européenne des droits de l'homme, qui indiquait en 1992 que dans un domaine aussi délicat que celui de l'interruption volontaire de grossesse les États doivent jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire, reste donc toujours valide aujourd'hui⁵⁷.

S'insérant dans cette jurisprudence complexe, l'arrêt *Tysi'c c/ Pologne* du 20 mars 2007⁵⁸

54. § 227. Analyse dénoncée par les juges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni et Poalelungi qui relèvent dans leur opinion partiellement dissidente que « c'est la première fois que la Cour fait fi de l'existence d'un consensus européen au nom de «valeurs morales profondes». A supposer même que ces valeurs morales profondes soient toujours enracinées dans la conscience de la majorité des Irlandais, considérer qu'elles peuvent prendre le pas sur le consensus européen, dont l'orientation est complètement différente, constitue un véritable tournant, dangereux, dans la jurisprudence de la Cour » (§ 9).

55. Cour EDH *Vo c/ France*, précité, §§ 75-80.

56. § 237. D. Roman, «L'avortement devant la Cour EDH: l'Europe contre les femmes et au mépris de son histoire», *Revue de droit sanitaire et social*, 2011, pp. 293 et s.; note E. Birden, *Journal du droit international*, 2011, n° 4, pp. 1342 et s.; M. Levinet, «Valeurs morales et restrictions à l'avortement», *JCP G*, 17 janvier 2011, pp. 112 et s.; note J.-M. Larralde, *L'Essentiel du droit des personnes et de la famille*, février 2011, p. 2.

57. Com. EDH, *H. c/ Norvège*, décision du 19 mai 1992, DR 73, p. 182.

58. Note C. Renaut, *Journal du droit international*, 1er juillet 2008, pp. 807-808; note J.-P. Maguenaud, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1er avril 2007, pp. 292 et s.; note J.-M. LARRALDE, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 71, 2007, pp. 871 et s.; chronique F. SUDRE, *JCP G*, 5 septembre 2007, pp. 27 et s.

marque toutefois une étape importante. Certes, la Cour rappelle ici sa position de principe selon laquelle elle «n'a pas en l'espèce à rechercher si la Convention garantit un droit à l'avortement» (§ 104). Mais elle ajoute que dès lors que le législateur décide d'autoriser l'avortement dans certaines conditions, il ne doit pas l'encadrer par des règles juridiques limitant dans la réalité la possibilité d'obtenir une telle intervention. De surcroît, des procédures doivent permettre que des décisions soient prises en temps et en heure, afin de prévenir ou limiter le préjudice qui pourrait découler pour la santé de la femme d'un avortement tardif. En l'occurrence, en ne prévoyant pas de recours effectif contre une décision de refus d'avortement thérapeutique, l'Etat polonais n'a pas satisfait à l'obligation positive qui lui incombait de protéger le droit de la requérante au respect de la vie privée dans le cadre d'un désaccord portant sur le point de savoir si elle

avait le droit de bénéficier d'une interruption de grossesse. Depuis l'arrêt *R.R. c/ Pologne* du 26 mai 2011⁵⁹, la Cour met en outre en exergue la particulière vulnérabilité des femmes enceintes, qui exige des Etats l'adoption de mesures de protection spécifiques et renforcées. Ce qui n'est pas le cas en Pologne, cet Etat ne possédant pas un cadre juridique et procédural adéquat pour garantir aux femmes l'accès à des informations pertinentes complètes et fiables sur la santé du fœtus⁶⁰. La marge nationale d'appréciation des Etats n'est donc pas illimitée en matière d'avortement et la Cour estime qu'elle doit contrôler l'effectivité de l'accès à l'interruption volontaire de grossesse et l'existence de garanties lorsque cette technique est reconnue en droit interne⁶¹.

Si la jurisprudence de la Cour, en raison de sa volonté de ménager tous les intérêts en présence, peut apparaître trop timorée en matière de re-

59. Qui concernait une ressortissante polonaise s'étant heurtée au refus délibéré de médecins opposés à l'avortement sollicités pour pratiquer des tests sur le fœtus qu'elle portait et que l'on atteint d'une grave anomalie génétique. L'attitude dilatoire des médecins a conduit à ce qu'elle accouche d'une enfant atteinte du syndrome de Turner, le délai légal pour avorter étant dépassé à la date où elle reçut enfin les résultats des tests génétiques confirmant la maladie. Voir J.-M. Larralde, «La Cour européenne des droits de l'homme et le droit à l'avortement: entre avancées prudentes et conservatisme assumé», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2012, n° 91, p. 606 et s.

60. Ce qui conduit la Cour à condamner l'Etat pour violation de l'article 8, mais également de l'article 3 de la Convention européenne. Cette démarche n'a pas convaincu l'ensemble des juges de la quatrième section de la Cour, comme le montre la lecture des deux opinions partiellement dissidentes à l'arrêt: pour le juge Bratza, l'affaire révélait une violation de l'article 8 de la Convention européenne, mais non de l'article 3, le raisonnement de la Cour en l'espèce ayant constitué une extension excessive de cette disposition (§ 5). Par contre, par un raisonnement opposé, le juge De Gaetano estime que la Cour devait se limiter à retenir une violation de l'article 3 de la Convention européenne. En portant la discussion sur le champ de l'article 8, la Cour n'aurait, en effet abouti qu'à «rendre les choses plus difficiles pour elle concernant la détermination du commencement de la vie et de la protection des enfants à naître au regard d'une disposition «plus fondamentale» encore de la Convention européenne, à savoir l'article 2» (§ 5).

61. Cette solution a été confirmée par l'arrêt *P. et S. c/ Pologne* du 30 octobre 2012, dans lequel la Cour de Strasbourg rappelle que permettre l'accès effectif à un avortement légal et sécuriser les données personnelles et médicales relèvent de «l'obligation positive des Etats de protéger le respect de la vie privée des requérants» (§ 111).

connaissance d'un droit des femmes au contrôle de leur fécondité et de leur maternité, un constat identique ne peut être fait concernant sa lutte contre les violences et mauvais traitements. La jurisprudence, plus explicite, ne tend ici en effet qu'à assurer une protection toujours plus renforcée des femmes.

B. La lutte contre les violences faites aux femmes

Dans sa Recommandation 1582 (2002) du 27 septembre 2002 sur la violence domestique contre les femmes, l'Assemblée du Conseil de l'Europe rappelle que les actes de violence domestique seraient la principale cause de décès et d'invalidité pour les femmes de 16 à 44 ans. Toujours selon le Conseil de l'Europe, 12 à 15% des femmes européennes de plus de 16 ans souffriraient de violences domestiques au cours d'une relation⁶². Mobilisant depuis de nombreuses années le Conseil de l'Europe⁶³, la lutte contre les violences faites aux femmes constitue également l'un des axes de la jurisprudence du Conseil de l'Europe.

Grâce au caractère très attractif de l'article 3 de la Convention européenne, la Cour a pu rappeler fermement que certains traitements infligés aux femmes sont, par nature, contraires aux exigences européennes. Les mesures de renvoi auxquelles certaines femmes se trouvent exposées violent les dispositions conventionnelles, en raison du risque de subir dans l'Etat d'accueil des actes inhumains, dégradants, voire de la torture⁶⁴. Ainsi, dans l'arrêt *Jabari c/ Turquie* du 11 juillet 2000 c'est la peine de lapidation, telle que la pratique notamment l'Iran, qui est jugée en soi contraire à l'article 3 de la Convention européenne⁶⁵. Avec l'arrêt *N. c/ Suède* du 20 juillet 2010, c'est même à une étude globale de la condition des femmes en Afghanistan que procède la Cour. Selon elles, les femmes dans cet Etat «font face à un risque supplémentaire de mauvais traitements (...) si elles sont perçues comme ne se conformant pas aux rôles («gender roles») qui leur sont assignés par la société, la tradition et même le système juridique». Celles qui ont adopté «un mode de vie culturellement moins conservateur (...) continuent d'être vues comme transgressant d'importantes normes sociales et politiques», ce qui peut les exposer à

62. [http://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/default_FR.asp?](http://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/default_FR.asp)

63. Qui s'est dotée d'un Comité Ad Hoc pour prévenir et combattre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (CAHVIO), qui a débuté son travail en avril 2009.

64. Ces jurisprudences ne doivent pas laisser à penser que la simple évocation d'un risque de châtiments corporels ou de mutilations sexuelles en cas de renvoi du territoire soit suffisante. L'existence de preuves tangibles est toujours nécessaire pour que la Cour analyse la situation comme contraire à l'article 3 de la Convention européenne. Voir, inter alia, les arrêts *Ndonga c/ Allemagne*, 5 février 2004; *Bello c/ Suède*, 17 janvier 2006.

65. La requérante faisait valoir qu'elle risquait, en cas d'expulsion vers l'Iran, de se voir infliger une peine de lapidation pour adultère.

«des violences domestiques et à d'autres formes de punitions allant du rejet et de la stigmatisation, jusqu'aux crimes d'honneur pour celles accusées de couvrir de honte leur famille, leur communauté ou tribu» (§ 55). Et même si la Cour relève que les circonstances de l'espèce ne permettent pas d'être sûr que la requérante risquera de tels traitements, le «risque général qui ressort des statistiques et des rapports internationaux» suffit pour conclure à un constat de violation de l'article 3 de la Convention européenne en cas de renvoi de l'intéressée vers l'Afghanistan⁶⁶.

Au-delà des situations de renvoi, la Cour s'est également attachée à la protection des femmes contre les violences, qu'elles soient domestiques, ou infligées par des autorités publiques.

L'effet horizontal de l'article 3 de la Convention européenne a permis à la Cour de sanctionner de nombreuses situations lors desquelles les femmes sont victimes de mauvais traitements ou de vio-

lences. Depuis l'arrêt *M.C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003, la Cour juge que les Etats sont tenus, en vertu des obligations positives découlant des articles 3 et 8 de la Convention européenne, de poursuivre de manière effective tout acte sexuel non consenti, même lorsque la victime n'avait pas opposé de résistance physique⁶⁷. A cette garantie absolue de l'intangibilité physique se rattache la position très nette de la Cour depuis 2007 qui «juge la prostitution incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte»⁶⁸. Les graves faits de l'affaire *Opuz c/ Turquie* (actes multiples de violence perpétrés sur plusieurs années –incluant coups de couteau et menaces de mort–, aboutissant au meurtre par balle de la mère de la requérante...) ont également permis à la Cour de Strasbourg de rendre un important arrêt en matière de violences domestiques⁶⁹. Insistant sur l'importance d'une lutte globale contre ces violences qui présentent un caractère complexe (elles peuvent être aussi bien physiques que psychologiques, elles

66. On notera que pour appuyer sa démonstration la Cour mentionnait la loi sur le statut personnel de la minorité chiite en Afghanistan, adopté en 2009, qui posait des obligations discriminatoires à l'égard des femmes appartenant à ce groupe. Ce texte prévoyait qu'«une épouse est tenue de satisfaire les désirs sexuels de son mari» (art. 132), ou encore qu'une femme ne peut hériter d'aucun bien de son mari à son décès (art. 137).

67. On peut toutefois regretter qu'en la matière la Cour, tout en admettant qu'il «peut être difficile pour un individu d'obtenir des preuves quant à un viol (...) étant donné notamment sa situation vulnérable» (voir, notamment, *Zeynep Avci c/ Turquie*, 6 février 2003, § 65), se montre excessivement exigeante à l'égard des requérants. Ainsi, dans l'arrêt *Frik c/ Turquie*, 20 septembre 2005, la Cour juge qu'il ne ressort pas des éléments du dossier que la requérante a fait part de ses allégations de viol aux autorités ou aux médecins de la maison d'arrêt où elle était détenue, ce qui aurait permis des examens psychologiques ou gynécologiques corroborant ses allégations. En outre, elle aurait attendu près de quatre ans après les faits litigieux pour déposer plainte contre les policiers responsables de sa garde à vue.

68. Cour EDH., *Tremblay c/ France*, précité, § 25.

69. Cour EDH, 9 juin 2009. La Cour complète ici sa jurisprudence *Bevacqua et S. c/ Bulgarie* du 12 juin 2008 qui avait posé le principe d'obligations positives pesant sur l'Etat pour protéger la vie privée de la requérante et de son fils face aux agissements violents de son ex mari (§ 84).

ne sont pas toujours connues et ne concernent pas seulement les femmes, mais aussi les hommes ainsi que, directement ou indirectement, les enfants), la Cour fait désormais peser sur les Etats une nouvelle obligation positive, qui réside en l'instauration d'un système effectif de répression de toutes les formes de violence domestique et de protection suffisante des victimes (§ 145). Cette obligation prime sur l'interdiction d'ingérence dans la vie familiale des personnes. En l'espèce, la législation turque qui limite les poursuites pénales lorsque les atteintes physiques ne dépassent pas un certain seuil est estimée insuffisamment protectrice au regard des exigences conventionnelles. Par ailleurs, la Cour juge que les obstacles posés par la police et les juridictions turques – pour des raisons «coutumières, de tradition ou d'honneur»– aux dépôts de plaintes de femmes battues ou menacées, aboutissent à une absence de sanctions effectives et dissuasives et relèvent d'une «passivité judiciaire générale et discriminatoire qui, même non-intentionnellement, affecte majoritairement les femmes». Il s'agit ici d'«une forme de discrimination contre les femmes» (§§ 196, 198 et 200) et il incombe désormais aux Etats de lutter avec détermination contre ce type de situations, sous peine de violer l'article 14 de la Convention européenne (prohibition de la discrimination).

Au-delà de la lutte contre les violences domestiques, certains arrêts, rompant en cela l'approche traditionnellement universaliste de la Cour, mettent désormais en avant la situation spécifique des femmes face aux autorités publiques et leur nécessaire protection. Dans l'arrêt *Menesheva c/ Russie* du 9 mars 2006, ce sont bien le jeune âge de la requérante (19 ans), ainsi que sa situation de femme qui sont mis en avant. Cette «vulnérabilité particulière» a été expressément prise en compte par la Cour pour qualifier de torture les mauvais traitements infligés par les forces de police. Cette volonté de protéger les femmes en situation de particulière vulnérabilité a également conduit la Cour à juger dans son arrêt *Y.F. c/ Turquie* du 22 octobre 2003 que le fait de contraindre une femme, sans véritable raison médicale, à un examen gynécologique (après quatre jours de garde à vue pendant lesquels on l'aurait laissée les yeux bandés, frappée avec des matraques, insultée et menacée de viol), constitue une violation de l'article 8. En effet, «toute atteinte à l'intégrité physique d'une personne doit être prévue par la loi et requiert le consentement de l'intéressé. Sinon, une personne en situation de vulnérabilité, telle qu'un détenu, serait privée des garanties légales contre les actes arbitraires» (§ 43)⁷⁰.

70. De manière assez contestable, la Cour n'a par contre pas jugé en 2006 que le fait d'emmener une femme à l'hôpital le premier et le dernier jour de sa détention afin de procéder à des examens gynécologiques et à un toucher rectal afin d'éviter des accusations de violences sexuelles de la part des policiers constituait une violation de l'article 3 de la Convention européenne (cette situation n'ayant pas atteint le seuil minimum de gravité d'un traitement dégradant). Cour EDH., *Yavuz c/ Turquie*, 10 janvier 2006. Dans leur opinion partiellement dissidente, les juges Hedigan et Thor Björgvinsson ont estimé au contraire que la Cour devait conclure à une violation de l'article 3 de la Convention européenne, car le fait d'emmener la requérante pour de tels examens était susceptible de générer chez elle des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité, susceptibles de l'humilier et de la rabaisser et constituait donc un traitement dégradant (§ 16).

Il est aujourd'hui difficile de porter un jugement définitif sur l'action de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits des femmes. Certains mettront en avant son louable renforcement des exigences visant à protéger les femmes contre les violences de toutes sortes. D'autres regretteront probablement qu'en laissant trop de place à de multiples intérêts, elle nie trop souvent les spécificités strictement féminines de certaines situations. D'autres enfin regretteront certainement l'extrême conservatisme de sa jurisprudence au

regard de la reconnaissance d'un droit à l'avortement. Toutes ces remarques sont éminemment recevables. Mais au-delà de ces critiques spécifiques, nul ne peut nier que la juridiction de Strasbourg, fidèle à sa ligne jurisprudentielle qui fait du texte de 1950 un «instrument vivant»⁷¹, qui doit s'interpréter «à la lumière des conditions d'aujourd'hui»⁷², a fortement participé à la «démolition de quelques poncifs»⁷³, aboutissant à discriminer les femmes en les limitant à leur rôle restrictif d'épouse et de mère.

71. Cour EDH, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31.

72. Cour EDH, *Marckx c/ Belgique*, 13 juin 1979, § 41.

73. En référence au titre de l'ouvrage de C. Grewe et F. Benoît-Rohmer (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Presses universitaires de Strasbourg, 2003.