

# Le mariage est une prison

Thomas Hochmann

▶ **To cite this version:**

Thomas Hochmann. Le mariage est une prison. Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2017. hal-02053318

**HAL Id: hal-02053318**
**https://hal.univ-reims.fr/hal-02053318**

Submitted on 11 Mar 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Trimestriel ▪ 28e année ▪ N° 112 ▪ 1er octobre 2017

# Revue trimestrielle des droits de l'homme

http://www.rtdh.eu



NEMESIS



ANTHEMIS

# Comité scientifique

Sous la présidence de **Pierre LAMBERT**, avocat honoraire, ancien directeur de la *revue*, président d'honneur de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles


**R. BADINTER**, ancien Garde des Sceaux.
**Fl. BENOÎT-ROHMER**, professeur des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.
**V. BERGER**, ancien jurisconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.
**P. BOILLAT**, directeur général à la direction générale des droits de l'homme et des affaires juridiques du Conseil de l'Europe.
**M. BOSSUYT**, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université d'Anvers.
**L. BURGORGUE-LARSEN**, professeur à la Sorbonne.
**J. CALLEWAERT**, greffier adjoint de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université de Spire et à l'Université catholique de Louvain.
**A.A. CANÇADO TRINDADE**, ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et juge à la Cour internationale de justice.
**Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL**, ancien bâtonnier du barreau de Paris.
**J.-P. COSTA**, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de l'Institut international des droits de l'homme – René Cassin.
**J.-P. COT**, professeur émérite de l'Université de Paris I et juge au Tribunal international du droit de la mer.
**V. COUSSIRAT-COUSTÈRE**, professeur émérite de l'Université de Lille II.
**E. DECAUX**, professeur à l'Université de Paris II.
**P. de FONTBRESSIN**, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.
**B. DEJEMEPPE**, conseiller à la Cour de cassation (b.).
**M. DELMAS-MARTY**, professeur honoraire au Collège de France et membre de l'Académie des sciences morales et politiques.
**Fr. DELPÉRÉE**, député et professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.
**M. DEL TUFO**, professeur à l'Université de Naples Suor Orsola Benincasa.
**M. DE SALVIA**, vice-président de l'Institut international des droits de l'homme, ancien greffier et jurisconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme.
**O. DE SCHUTTER**, professeur à l'Université catholique de Louvain.
**R. ERGEC**, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.
**G. FLÉCHEUX**, ancien bâtonnier et ancien président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.
**G. HAARSCHER**, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.
**M. HAPPOLD**, professeur à l'Université du Luxembourg.
**M. HOTTELIER**, professeur à l'Université de Genève.
**P.-H. IMBERT**, ancien directeur général des droits de l'homme au Conseil de l'Europe.
**E. LEMMENS**, ancien bâtonnier du barreau de Liège.
**G. MALINVERNI**, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université de Genève.
**J.-P. MARGUÉNAUD**, professeur à l'Université de Limoges, Institut européen des droits de l'homme (Université Montpellier I).
**P. MARTENS**, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.
**H. MOCK**, ambassadeur de Suisse en République argentine.
**A. NUSSBERGER**, vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.
**Y. OSCHINSKY**, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.
**P. PARARAS**, ancien vice-président du Conseil d'Etat (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocrite de Thrace.
**G. RAIMONDI**, président de la Cour européenne des droits de l'homme.
**L.-A. SICILIANOS**, vice-président de la Cour européenne des droits de l'homme.
**D. SPIELMANN**, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et juge au Tribunal de l'Union européenne.
**Fr. SUDRE**, professeur à l'Université Montpellier I et directeur de l'Institut de droit européen des droits de l'homme.
**P. TAVERNIER**, professeur émérite de l'Université Paris XI.
**Fr. TEITGEN**, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.
**S. TOUZÉ**, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur de l'Institut international des droits de l'homme.
**St. TRECHSEL**, juge au Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie et ancien président de la Commission européenne des droits de l'homme.
**Fr. TULKENS**, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.
**J. VAN COMPERNOLLE**, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.
**P. VANDERNOOT**, président de chambre au Conseil d'État (b.) et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.
**M. VERDUSSEN**, professeur à l'Université catholique de Louvain.
**P. WACHSMANN**, professeur à l'Université de Strasbourg.

# Le mariage est une prison

## (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Babiarz c. Pologne*, 10 janvier 2017)

PAR

Thomas HOCHMANN

*Professeur de droit public*
*Université de Reims Champagne-Ardenne (CRDT)*

*Résumé*

L'affaire *Babiarz c. Pologne* offrait une belle occasion à la Cour de réexaminer sa jurisprudence hostile à tout droit au divorce. Loin d'en profiter, la Cour maintient sa position. Sans tenir compte des circonstances particulières de l'affaire, elle permet à l'époux délaissé de s'opposer au remariage de son conjoint. La protection de la vie privée et familiale de la nouvelle cellule familiale est à peu près ignorée par la Cour. La motivation très rapide de l'arrêt ne résiste pas aux deux fortes opinions dissidentes qui lui sont jointes.

*Abstract*

With the *Babiarz* case, the European Court of Human Rights had the opportunity to revisit its hostility to a right to divorce. However, the Court declined to change course on this matter. It allows a spouse to block the remarriage of its partner despite the total breakdown of the marital life. The opinion of the Court seems quite unpersuasive, compared to the two strong dissenting opinions that follow.

Ce jour-là, Hanna Renata et Maria Beate sont rentrées un peu plus tôt de l'école. Devant la maison, elles trouvent une pancarte où figurent les pires insanités à l'égard de leur père. Celui-ci est habitué aux controverses. Son nom est Hans Kelsen et il ferraille fréquemment dans les revues spécialisées sur la meilleure conception de la science du droit. Mais les attaques n'ont ici pas grand-chose à voir avec des querelles épistémologiques : « tenancier de harem »,

se souviendra Kelsen, était la moins obscène des « injures sexuelles » inscrites devant sa maison[1].

À l'origine de cette agression se trouve « un scandale unique dans l'histoire du droit autrichien »[2], auquel Kelsen s'était efforcé d'apporter une solution. Le Code civil autrichien prévoyait à l'époque que les mariages des catholiques n'étaient pas susceptibles d'être rompus autrement que par la mort. Les époux pouvaient renoncer à vivre ensemble (séparation « de la table et du lit », *vom Tisch und Bett*), mais le lien conjugal demeurait et empêchait toute nouvelle union. La loi permettait néanmoins aux dirigeants des *Länder* de lever cet empêchement pour permettre un nouveau mariage, appelé « mariage sur dispense » (*Dispensehe*). Après 1918, ces dispenses furent accordées en très grand nombre par les responsables sociaux-démocrates. Les tribunaux commencèrent néanmoins à annuler les seconds mariages. En 1927, Kelsen convainquit ses collègues de la Cour constitutionnelle d'annuler ces jugements, au motif qu'il ne revenait pas aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur la validité de l'acte administratif qui accordait la dispense. Il défendit également cette position dans les revues juridiques et les journaux. Sa position fut donc publiquement connue, ce qui lui valut de virulentes attaques, notamment celle de favoriser la bigamie, et d'être un juge politique au service de la gauche. Cette controverse conduisit en 1929 à la réforme de la Cour constitutionnelle, au renvoi de Kelsen et à son départ d'Autriche[3].

Les cinq juges de la Cour européenne des droits de l'homme, dont la juge autrichienne, qui forment la majorité de l'arrêt *Babiarz c. Pologne*[4] ne risquent pas pareil anathème. Ils acceptent qu'un État empêche le divorce et le remariage d'un homme qui a quitté sa femme dix ans plus tôt pour fonder une famille avec une autre. Au moyen d'une motivation laconique largement surpassée par les deux *serial dissenters* András Sajó et Paulo Pinto de Albuquerque, la Cour maintient son refus d'un droit au divorce (I) et s'attarde bien peu sur le droit à la vie privée et familiale du requérant (II).

---

[1] H. Kelsen, « Autobiographie (1947) », *in* M. Jestaedt (éd.), *Hans Kelsen Werke*, Mohr Siebeck, Tübingen, t. 1, 2007, p. 75.

[2] *Ibid.*, p. 72.

[3] *Ibid.*, pp. 67 et s.; Ch. Neschwara, « Kelsen als Verfassungsrichter – Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse », *in* S. Paulson et M. Stolleis (dir.), *Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtsphilosoph*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 353-384; R. Walter, *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Manz, Vienne, 2005, pp. 57 et s.

[4] Cour eur. dr. h., arrêt *Babiarz c. Pologne*, 10 janvier 2017.

## I. Le refus du divorce

La liberté de mettre fin aux liens du mariage, récemment reconnue en France par le Conseil constitutionnel[5], est extrêmement contestée par les catholiques intégristes et fait régulièrement l'objet de controverses, à l'époque viennoise de Kelsen comme à la nôtre. Il suffit de lire à cet égard les observations, sur lesquelles on reviendra, adressées à la Cour dans l'affaire *Babiarz* par le *lobby* qui a pris pour nom « European Centre for Law and Justice »[6]. Conformément à sa jurisprudence antérieure, la Cour écarte tout droit au divorce (A). Elle renonce en outre à interdire aux États de le permettre en apparence pour l'empêcher en pratique (B).

### A. *Le refus de reconnaître un droit au divorce*

Le divorce est autorisé d'une manière ou d'une autre dans tous les États du Conseil de l'Europe depuis 2011, date à laquelle Malte a abandonné son interdiction totale[7]. Cependant, ses modalités diffèrent largement. En Pologne, il n'est permis qu'en cas d'altération complète et irrémédiable du lien conjugal (*zupełny i trwały rozkład pożycia*). Mais même dans un tel cas, le divorce est exclu si l'époux « innocent », celui qui n'est pas responsable de la rupture, ne donne pas son accord. Le juge ne pourra passer outre ce refus que s'il lui semble contraire aux « principes raisonnables de coexistence sociale » (*zasady współżycia społecznego*)[8].

C'est à un tel refus qu'est confronté Artur Babiarz. Huit ans après son mariage, il a rencontré une autre femme avec laquelle il s'est installé au début de l'année 2005. Dix mois plus tard, un enfant naissait de leur union, et en

[5] Décision n° 2016-557 QPC du 29 juillet 2016.

[6] European Centre for Law and Justice, « Observations en tierce intervention soumises à la quatrième section de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Babiarz c. Pologne*, *Gajewski c. Pologne* et *Piotrowski c. Pologne*, 12 novembre 2014 », accessible sur www.ecjl.org. Voy. la référence aux observations dans Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., § 45 (la Cour rebaptise l'intervenant en « European Centre for Justice and Human Rights »). Voy. aussi la critique de l'exhortation apostolique du pape François « Amoris Laetitia » par plusieurs théologiens, accessible sur www.dici.org. L'exhortation apostolique est mentionnée par un des juges dissidents, Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, § 17, note 45.

[7] Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, § 17, note 45.

[8] *Ibid.*, §§ 17 et 24-26.

2006, M. Babiarz demandait le divorce que sa femme lui refuse depuis lors. Pour les tribunaux polonais, rien n'indique qu'elle agit par haine, vengeance ou dans le seul but d'ennuyer son mari. Elle déclare l'aimer et souhaite son retour[9]. Selon la Cour, la Convention européenne des droits de l'homme ne permet pas au requérant de se libérer de ce premier mariage.

L'article 12 de la Convention garantit le droit au mariage : « 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. » Dans l'arrêt *Johnston c. Irlande*[10], la Cour a refusé de déduire de cette disposition un droit au divorce. Les mots « droit de se marier » sont clairs : « ils visent la formation de relations conjugales et non leur dissolution ». En outre, les travaux préparatoires montrent que cette omission est délibérée : le texte de l'article 12 reprend quasiment à l'identique le début de l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme[11], à l'exception de la phrase qui garantissait à l'homme et à la femme « des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». La Cour cite Pierre-Henri Teitgen, alors rapporteur de la Commission des questions juridiques et administratives : « En renvoyant à l'article de la Déclaration universelle dont il s'agit, nous renvoyons au paragraphe de cet article qui consacre le droit de se marier et de fonder une famille, mais non pas aux dispositions ultérieures de cet article, qui visent les droits égaux après le mariage, puisque nous ne garantissons que le droit au mariage. »[12]

Bien entendu, l'argumentation de la Cour n'est pas imparable[13]. Même si l'on accepte d'interpréter la Convention à la lumière des travaux préparatoires, et même si l'on réduit ces travaux à une phrase de Pierre-Henri Teitgen, il n'en ressort nullement que le droit au divorce est exclu de la Convention. Teitgen souligne simplement que l'article 12 ne concerne que le droit au mariage, et non les droits égaux après le mariage. Il n'affirme nulle exclusion de principe du droit au divorce. Comme le remarque le juge Sajó, les travaux préparatoires « n'indiquent pas que le droit au mariage n'inclut pas l'élimination d'un obstacle au mariage »[14].

---

[9] *Ibid.*, §§ 10 et 18.

[10] Cour eur. dr. h., arrêt *Johnston c. Irlande*, 18 décembre 1986.

[11] « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. »

[12] Cour eur. dr. h., *Johnston c. Irlande*, préc., §§ 52-53.

[13] Voy. Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., opinion dissidente du juge Sajó, § 3 : « un raisonnement bizarre ».

[14] *Ibid.* Pour l'autre juge dissident, en revanche, les travaux préparatoires sont « explicites » sur le fait que l'article 12 ne couvre pas un droit de mettre fin au mariage. Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, § 13.

Or, le divorce peut parfaitement être analysé comme un préalable nécessaire au droit au mariage. En effet, le « principe de monogamie » invoqué par la Cour n'implique pas de rester toujours uni à la même personne, mais de n'être marié qu'à une personne à la fois. Rien dans le texte de l'article 12 n'indique que le droit au mariage est à usage unique. Plutôt que de s'opposer au divorce, le principe de monogamie plaide pour sa nécessité[15], en tant que préalable nécessaire au remariage, composante du droit au mariage. Le juge Pinto de Albuquerque souligne cette évidence : « Dans une société qui adhère au principe de monogamie, le droit de se remarier présuppose le droit de divorcer. »[16]

Dans l'arrêt *Johnston*, la Cour excluait en outre de déduire un droit au divorce du droit au respect de la vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la Convention. En effet, elle considérait que lorsqu'un droit était exclu d'une disposition spécifique, tel l'article 12, il ne pouvait être garanti par un « texte de portée et de but plus généraux », tel l'article 8[17]. Cette thèse non plus n'est pas incontestable, comme le montre un débat qui a lieu en Allemagne sur la liberté générale garantie à l'article 2 de la Constitution. Ce droit est habituellement perçu comme un « droit filet », qui couvre tous les comportements qui ne relèvent pas du champ d'application de droits plus spécifiques, comme la liberté d'expression ou de réunion[18]. Certains auteurs considèrent néanmoins qu'il ne couvre pas les comportements explicitement exclus du champ d'application d'un droit fondamental spécifique. Par exemple, si les manifestations armées ne relèvent pas de l'article 8[19], elles ne sont pas non plus protégées par l'article 2[20]. Cette position, néanmoins, est minoritaire. Pour la plupart des auteurs, la protection constitutionnelle est totale : tous les comportements sont concernés par les droits fondamentaux, et les restrictions étatiques doivent toujours être confrontées à la Loi fondamentale. On ne peut en déduire que la position de la Cour dans l'arrêt *Johnston* est erronée. On peut en revanche affirmer qu'elle mériterait de plus amples justifications.

---

[15] Voy. en ce sens H. Kelsen, *op. cit.*, p. 70 : la dispense accordée par l'administration a pour effet de rompre le premier mariage, sans quoi la nouvelle union conduirait à une situation de bigamie, pénalement interdite.

[16] Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, § 26.

[17] Cour eur. dr. h., *Johnston c. Irlande*, préc., § 57.

[18] BVerfGE (Cour constitutionnelle allemande), 16 janvier 1956, 6, 32, *Elfes*, p. 36 ; H. Kube, « Die *Elfes*-Konstruktion », *JuS,* 2003, pp. 111-118.

[19] « Tous les Allemands ont le droit de se réunir paisiblement et sans arme […] ».

[20] Voy. D. Merten, « Grundrechtlicher Schutzbereich », *in* D. Merten et H.-J. Papier (dir.), *Handbuch der Grundrechte*, C. F. Müller, Heidelberg, t. 3, 2009, § 3 ; W. Hoffmann-Riem, « Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch », *Der Staat*, 2004, n° 43, p. 214.

Hélas, dans l'arrêt *Babiarz*, la Cour se contente de réitérer en une phrase la position adoptée dans l'arrêt *Johnston*[21]. Il est très regrettable qu'elle ne daigne pas argumenter davantage, d'autant plus que la forte opinion dissidente du juge Sajó appelle explicitement à abandonner le précédent *Johnston*[22]. En s'appuyant sur certaines des grandes déclarations du juge Kennedy sur le mariage dans l'arrêt *Obergefell*[23], le juge Sajó souligne que les limites portées au droit au mariage ne doivent pas être d'une telle ampleur qu'elles touchent à son essence. Il en va sans doute ainsi lorsque les autorités de l'État refusent de mettre un terme à un mariage irrécupérable[24].

### B. *Le refus d'appliquer un embryon de droit au divorce*

La Cour européenne des droits de l'homme rappelle en outre un arrêt plus récent qui, sans qu'elle semble s'en être aperçue, pose les jalons d'un certain droit au divorce. Une violation de l'article 12 pourrait être reconnue, explique l'arrêt *Ivanov et Petrova c. Bulgarie*, « au cas où, malgré le constat d'une altération irrémédiable du lien conjugal, le droit interne érige en obstacle absolu au prononcé du divorce l'opposition de l'époux non fautif »[25]. Autrement dit, lorsque l'État autorise le divorce, l'article 12 lui interdit de le faire dépendre dans tous les cas de l'accord de l'époux non fautif. Certes, la Cour précisait que l'article 12 ne garantissait pas « une issue favorable de la procédure de divorce pour tel ou tel époux »[26]. Mais elle envisageait bien de déduire de l'article 12 une certaine modalité du droit au divorce : si le droit interne permet le divorce, un époux ne peut avoir le pouvoir absolu de retenir l'autre contre son gré. Le « European Centre for Law and Justice » ne s'y est pas trompé. La position évoquée dans l'arrêt *Ivanov et Petrova* constituerait, si elle était adoptée, « un spectaculaire revirement de jurisprudence » en ce qu'elle permettrait de « démarier de force » un conjoint[27].

[21] Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., § 49.

[22] *Ibid.*, opinion dissidente du juge Sajó, §§ 3-4 et 21.

[23] Cour suprême des États-Unis, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S._(2015) ; voy. Th. Hochmann, « Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2014-juin 2016) », *cette Revue*, 2017, pp. 143 et s.

[24] Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., opinion dissidente du juge Sajó, § 21.

[25] Cour eur. dr. h., arrêt *Ivanov et Petrova c. Bulgarie*, 14 juin 2011, § 61.

[26] *Ibid.*, § 64.

[27] European Centre for Law and Justice, préc., p. 6.

Dans l'arrêt *Babiarz*, la Cour se contente de rappeler que, dans l'arrêt *Ivanov et Petrova*, elle « n'a pas exclu » une telle solution. Elle prétend néanmoins ne pas avoir à trancher la question, dès lors que la présente affaire ne présente pas des obstacles juridiques insurmontables à l'obtention du divorce[28]. La Cour ne justifie guère cette affirmation, et se contente de souligner que le droit polonais prévoit une procédure qui permet d'obtenir le divorce, et qui a été suivie en l'espèce. Les juges répètent que la Convention ne garantit pas une issue fructueuse à la demande de divorce, même en cas d'altération complète et irrémédiable du mariage. Juger autrement signifierait que le divorce devrait être accordé dès qu'un époux décide de quitter son conjoint et d'avoir un enfant avec un autre partenaire[29].

De la sorte, la Cour se livre à un raisonnement abstrait, complètement déconnecté de l'espèce. Elle suit exactement la même argumentation que dans une autre affaire polonaise, où le requérant, M. Piotrowski, avait simplement une relation avec sa patronne et souhaitait le divorce sans paraître envisager de se remarier[30]. Mais M. Babiarz n'a pas simplement « décidé » de quitter sa femme et d'avoir un enfant avec une autre. Il vit depuis onze ans avec cette seconde compagne et sa fille née au début de leur relation. Comme le remarque le juge Pinto de Albuquerque, la Cour donne l'impression de se moquer du requérant lorsqu'elle relève, en recopiant l'arrêt *Piotrowski*, qu'il lui est toujours possible de former une nouvelle demande de divorce en cas de « changement de circonstances »[31]. Que faudrait-il de plus que onze ans de séparation, une nouvelle relation et un enfant[32] ? Accepter le veto de son épouse confine bien à faire de cette opposition un « obstacle absolu » au divorce. La situation évoquée dans *Ivanov et Petrova* est précisément à l'œuvre ici[33]. Le juge Pinto de Albuquerque se livre à l'examen concret de l'affaire et insiste sur des éléments passés sous silence par la majorité des juges.

Le refus de l'époux « innocent », rappelons-le, ne constitue en droit polonais un obstacle qu'à condition de ne pas violer les « principes raisonnables de coexistence sociale ». Or, il apparaît que le respect de ces principes est présumé par les

[28] La Cour utilise une formulation maladroite, en parlant d'obstacles juridiques au remariage après un divorce. Si tel est le cas de figure envisagé dans un autre arrêt (Cour eur. dr. h., arrêt *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987), la possibilité évoquée dans l'arrêt *Ivanov et Petrova* vise directement l'obtention du divorce (même si celui-ci est effectivement envisagé comme condition préalable à un remariage).

[29] Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., § 54.

[30] Cour eur. dr. h., arrêt *Piotrowski c. Pologne*, 22 novembre 2016, notamment § 51.

[31] Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., § 55.

[32] *Ibid.*, opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, § 29 : « it borders on sarcasm ».

[33] *Ibid.*, § 18. Voy. aussi *ibid.*, opinion dissidente du juge Sajo, § 19.

juridictions, et que celui qui souhaite divorcer ne peut obtenir gain de cause en se fondant simplement sur la durée de la séparation, ou encore sur le fait que le refus est motivé par la seule douleur du conjoint délaissé[34]. Le cas de M. Babiarz le montre : en pratique, le droit polonais accorde à l'époux « innocent » un pouvoir de veto absolu à l'encontre du divorce[35]. Le droit au remariage, qui doit être accordé dès lors que l'État permet le divorce, est violé dans un tel cas de figure[36].

## II. L'ignorance du droit au respect de la vie privée et familiale

La Cour se soucie peu des atteintes au droit que l'article 8 de la Convention garantit au requérant (A) et à sa nouvelle famille (B).

### A. *La vie privée du requérant*

Le juge Sajó insiste sur un point complètement passé sous silence par la Cour : forcer quelqu'un à demeurer prisonnier d'une union maritale constitue une atteinte à la vie privée. Ni la protection de la morale, ni celle des droits d'autrui ne permet de la justifier[37].

La morale est sans doute la principale question qui plane de manière pas toujours explicite sur les affaires relatives au mariage. Les observations du « European Centre for Law and Justice » sont ici éclairantes : permettre le divorce sans consentement ferait « prévaloir la conception individualiste de la liberté […] aux dépens d'une conception – plus exigeante – qui estime que la liberté s'exerce et s'accomplit dans l'engagement et la fidélité »[38]. Les États peuvent-ils porter atteinte à la vie privée, forcer un individu à demeurer dans un mariage contre sa volonté, pour imposer ces conceptions morales ? Le juge Sajó répond par la négative : le consensus européen sur le divorce exclut une large marge d'appréciation sur la question[39]. Si le comportement du mari n'est pas exemplaire, « le refus du divorce ne peut pas être une punition de l'immoralité »[40]. La « punition par le mariage » ne devrait pas être une technique d'exécution de la morale[41].

---

[34] *Ibid.*, opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, § 25.
[35] *Ibid.*, § 27.
[36] *Ibid.*, § 35.
[37] *Ibid.*, opinion dissidente du juge Sajo, §§ 6 et s.
[38] European Centre for Law and Justice, préc., p. 6.
[39] Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., opinion dissidente du juge Sajó, § 7.
[40] *Ibid.*, § 10.
[41] *Ibid.*, § 14.

Quant à la protection des droits d'autrui, elle pèse bien peu de choses. Le juge Sajó hésite entre deux positions : la volonté de demeurer marié à une personne contre sa volonté est soit dénuée de toute protection, soit protégée dans une moindre mesure que la volonté de reprendre sa liberté. La seconde solution semble plus convaincante, car l'exclusion de toute protection repose sur une distinction entre « droit » et « intérêt » qui n'est pas des plus claires[42]. Il vaut sans doute mieux considérer que le souhait de demeurer marié relève du droit général de la personnalité que la Cour situe dans l'article 8 de la Convention. Mais il revient alors d'examiner si l'atteinte à la liberté du requérant est justifiée. Or, selon le juge Sajó, le droit de quitter le mariage pèse en général plus lourd que celui de demeurer marié, pour la simple raison que le mariage est une union réciproque des volontés[43].

Bien sûr, des mécanismes de protection doivent exister en faveur de l'époux délaissé. Kelsen relate l'histoire de cet homme marié sur dispense avec une riche hollandaise, qui saisit lui-même les tribunaux pour obtenir l'annulation de son mariage après avoir dilapidé l'argent de sa compagne[44]. Mais ces mécanismes ne peuvent aller jusqu'à permettre à un époux d'obliger l'autre à demeurer dans l'union. La simple volonté de demeurer marié, l'espoir d'un retour de la personne aimée ne suffisent pas à enchaîner autrui[45]. L'État ne peut forcer quelqu'un à « vivre avec des choix de vie qu'il regrette »[46], il ne peut l'empêcher de vivre sa vie privée, d'autant plus que le requérant n'est pas le seul concerné.

### B. *La nouvelle vie familiale*

La Cour est « bien consciente » que le requérant vit avec sa compagne et sa fille[47]. Cette nouvelle famille est protégée par l'article 8, explique-t-elle, mais cette protection n'implique pas de lui donner un cadre juridique. M. Babiarz a pu reconnaître sa fille, et cela suffit[48]. La Cour rejoint là encore la position des catholiques intégristes : l'absence de divorce n'empêche pas le requérant de mener une vie familiale normale[49]. Les observations du « European Centre for Law and Justice », auxquelles on peut encore se référer pour pallier le silence

[42] *Ibid.*, §§ 7 et 10.
[43] *Ibid.*, § 10.
[44] H. Kelsen, *op. cit.*, pp. 72 et s.
[45] Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., opinion dissidente du juge Sajó, § 7.
[46] *Ibid.*, § 23.
[47] Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., § 54.
[48] *Ibid.*
[49] European Centre for Law and Justice, préc., p. 5.

de la Cour, montrent que le souci constant de la protection de l'enfant, souvent avancé par ce type de *lobby* pour lutter contre toute évolution du droit de la famille (mariage homosexuel, gestation pour autrui…) ne fait que dissimuler l'interventionnisme moral qui les meut véritablement. Il s'agit pour ces groupements d'enseigner et d'imposer aux autres la manière dont il convient de vivre. Ainsi, les observations adressées à la Cour dans l'affaire *Babiarz* commencent-elles par souligner le lien entre le mariage et l'enfant : le mariage contribue « à la société du fait de la génération [*sic*] et de l'éducation d'enfants », la famille est « le milieu de la procréation et de l'éducation des enfants ». La rupture des parents provoque, selon « les études », des effets terribles sur les enfants : échec scolaire, drogue et violence. Bref : « La famille mérite la protection de la société en raison de ses enfants »[50]. On pourrait donc s'attendre à ce que les observations appellent à protéger la nouvelle famille de M. Babiarz, et non sa précédente épouse dont il n'a pas eu d'enfant. Mais l'absence de divorce n'empêche pas le requérant de mener une vie familiale normale, est-il finalement expliqué en contradiction totale avec les développements précédents[51]. Ce qui intéresse le « European Centre for Law and Justice » n'est ni l'enfant, ni le droit, ni la justice, mais le fait que chacun vive comme il convient de vivre.

Sans que la majorité juge bon de lui répondre, le juge Sajó s'émeut de l'absence totale de prise en compte par la Cour de la nouvelle famille du requérant. Là encore, la Cour se borne à un raisonnement abstrait, sans tenir compte des faits de l'espèce. Le juge Sajó remarque que l'absence de mariage a des conséquences importantes sur la famille, tant du point de vue juridique, puisqu'elle prive de nombreux avantages notamment fiscaux, que social : le requérant a signalé, sans trouver l'oreille de la Cour, les remarques blessantes dont une famille extraconjugale pouvait faire l'objet dans un village polonais[52]. Le juge Pinto de Albuquerque dénonce « l'indifférence, voire la dureté » dont la majorité fait preuve à l'égard du requérant[53]. Certes, M. Babiarz a pu reconnaître son enfant. Mais pourquoi la Cour n'évoque-t-elle pas la stigmatisation dont peut faire l'objet un enfant naturel dans cette société[54] ?

* *
*

[50] *Ibid.*, pp. 2 et s.

[51] *Ibid.*, p. 5.

[52] Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., opinion dissidente du juge Sajó, § 11.

[53] *Ibid.*, opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, § 8.

[54] *Ibid.*, opinion dissidente du juge Sajó, § 12. Le juge cite ici aussi un extrait de l'arrêt *Obergefell* : « Without the recognition, stability, and predictability marriage offers, their children suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser. »

En définitive, et comme le remarquent les deux juges dissidents, la Cour fait prévaloir un lien conjugal irrémédiablement altéré sur la réalité de la nouvelle vie familiale du requérant[55]. Elle tient uniquement compte des droits de l'épouse abandonnée depuis onze années, sans beaucoup s'intéresser à la nouvelle compagne du requérant et à son enfant. Elle rend cette décision de manière extrêmement rapide, sans guère argumenter autrement qu'en affirmant que nul n'a droit au divorce. Mais cette solution qui semble tout en retenue est en réalité extrêmement audacieuse : elle affirme, conformément aux visées catholiques intégristes, que le mariage ne concerne pas les individus, mais la société. Ceux qui se marient sont en quelque sorte tenus de « générer » des enfants et de leur offrir un cadre stable d'évolution. Les aléas de la vie ne concernent pas la Cour. Le divorce est un danger, pour les époux et pour la société, contre lequel il convient de lutter. Derrière le laconisme de la Cour, on est tenté de lire pareille profession de foi.

Pourtant, si l'époux abandonné mérite une protection, on voit mal ce qui justifie de lui permettre de retenir son conjoint contre son gré. L'affaire *Babiarz* offrait une configuration dans laquelle l'intérêt de permettre le divorce était extrêmement élevé. Il est regrettable qu'il soit devenu définitif, tant un arrêt de la Grande Chambre aurait été bienvenu, pour modifier ou clarifier la jurisprudence de la Cour. Plusieurs solutions se seraient offertes à elle. Elle aurait pu d'abord suivre les recommandations du juge Sajó, abandonner le précédent *Johnston* et proclamer un droit au divorce, en tant que préalable nécessaire au mariage. Elle aurait ensuite pu, plus timidement, mettre en œuvre la solution envisagée dans l'arrêt *Ivanov et Petrova*, et considérer que l'État qui, sans que la Convention l'y oblige, autorise le divorce, ne peut le soumettre entièrement au bon vouloir des deux parties. Enfin, la Cour aurait pu maintenir sa jurisprudence, et affirmer que, quelles que soient les circonstances, nul n'a le droit de rompre l'union sans l'accord de son époux, même dans un cas comme celui de l'espèce, où bien peu d'éléments viennent justifier le maintien du mariage. La Grande Chambre aurait alors dû assumer explicitement une position qui paraît proche du catholicisme intégriste, selon laquelle le mariage ne concerne pas les individus, mais la société qui les englobe et les domine. Dans tous les cas, on peut souhaiter que la future jurisprudence sur cette question ne se contente plus d'un bref renvoi aux précédents pour justifier une position qui mérite justification.

☆

[55] Cour eur. dr. h., *Babiarz c. Pologne*, préc., opinion dissidente du juge Sajó, § 16 ; *ibid.*, opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, § 11.

## Conditions d'abonnement pour 2017

**Édition**
Anthemis

**Abonnement**
4 numéros par an
250 pages par numéro
Abonnement annuel : 210 € tvac
Abonnement annuel Europe : 250 € tvac
Abonnement annuel hors Europe : 290 € tvac
Prix au numéro : 65 € tvac

**Commandes**
Anthemis
Place Albert I, 9
B-1300, Limal
Belgique
T. : +32 (0)10 42 02 93
F. : +32 (0)10 40 21 84
abonnement@anthemis.be

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2017/10.622/8
ISSN : 2-0777-3579
Imprimé en Belgique
Éditeur responsable : P. Lambert - avenue de la Ferme rose, 11/4 - B 1180 Bruxelles - Belgique

# Sommaire

**Éditorial**
par *Frédéric Krenc* . . . . . 729

## Hommage à René Cassin

**Allocutions d'ouverture**
par *Guido Raimondi, Jean-Paul Costa* et *Christine Lazerges* . . . . . 731

**Témoignages personnels**
par *Nicole Questiaux, Alain Berthoz, Jean Waline* et *Jean-Bernard Marie* . . . . . 751

**René Cassin, contemporain capital**
par *Claude Henry, Charles Leben* et *Valentine Zuber* . . . . . 769

**L'actualité de l'oeuvre de René Cassin**
par *Emmanuel Decaux, Sébastien Touzé, Patrick Wachsmann*
et *Catherine Teitgen-Colly* . . . . . 799

**Conclusions générales**
par *Laurence Burgorgue-Larsen* . . . . . 881

## Doctrine

**L'étendue du contrôle du respect des droits fondamentaux à l'aune de l'expérience judiciaire comparée**
par *Dean Spielmann* et *Panayotis Voyatzis* . . . . . 897

**Les rapports normatifs entre le droit international humanitaire et la Convention européenne des droits de l'homme – Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme ?**
par *Evangelia Vasalou* . . . . . 953

## Jurisprudence

**Cellule collective et espace personnel – Un arrêt en trompe-l'oeil**
(obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Muršić c. Croatie, 20 octobre 2016)
par *Françoise Tulkens* . . . . . 989

**Le mariage est une prison**
(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt Babiarz c. Pologne, 10 janvier 2017)
par *Thomas Hochmann* . . . . . 1005

**Affaires *Achbita* et *Bougnaoui* : entre neutralité et préjugés**
(obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêts Achbita et Bougnaoui, 14 mars 2017)
par *Emmanuelle Bribosia* et *Isabelle Rorive* . . . . . 1017

**Bibliographie** . . . . . 1039

**Revue des revues** . . . . . 1055

ANTHEMIS

RTDH 2017/4
ISBN : 978-2-8072-0195-8
9 782807 201958

NEMESIS