

**LA PROSTITUTION, LE PORT DU VOILE ET  
L'AVORTEMENT DEVANT LA COUR EUROPÉENNE  
DES DROITS DE L'HOMME :  
UNE AFFAIRE DE FEMMES ?**

Anne LAGERWALL\*

À la fin des années 1980 Claude Chabrol réalise *Une affaire de femmes*, qui raconte l'histoire d'une faiseuse d'anges sous le régime de Vichy et le funeste sort qui lui est réservé par les juges en raison de cette activité. Le film interroge notamment les rapports de force entre les hommes et les femmes qui traversent le prétoire, comme les normes juridiques qu'on y applique. Alors qu'elle est emprisonnée à Paris loin de ses deux enfants Mouche et Pierrot, et qu'elle attend le prononcé du jugement pour les avortements qu'elle a effectués et qui constituent depuis 1942 des crimes contre l'État français, l'accusée se confie à sa codétenue :

« C'est vrai aussi, ils passent leur vie le cul dans leur fauteuil, et puis un beau jour ils en prennent une au hasard, et puis pas une qu'est née avec sa cuillère en or dans la bouche, hein, et ils la jettent en prison, sous prétexte qu'elle n'a pas donné le bon exemple. Mouche et Pierrot, qui c'est qui va s'en occuper ? Ça, ils y pensent même pas. Chez eux, y'a des bonnes pour s'occuper des gosses. C'est facile de pas faire de saloperies quand t'es riche. Ah, ça fait quatre mois que ça traîne. S'ils veulent me punir, qu'ils se décident. Et puis, y'a que des hommes, là-dedans, qu'est-ce que tu veux qu'ils y comprennent les hommes ? »<sup>1</sup>.

---

\* Je remercie Vincent Chapaux et François Dubuisson pour leurs remarques à propos d'une version antérieure de ce texte.

<sup>1</sup> *Une affaire de femmes* (France, 1988), de Claude Chabrol, avec Isabelle Huppert, François Cluzet, Marie Trintignant et Nils Tavernier.

De ces propos, comme du film plus généralement, émerge l'idée qu'on retrouve sous la plume de nombre d'auteures féministes selon laquelle le droit est un langage inventé par les hommes qui leur permet de décrire autant que forger une réalité perçue de leur point de vue et qui, par là même, néglige les femmes et leurs préoccupations réelles<sup>2</sup>. En tant que système de référence construit par les hommes, à travers lequel les situations doivent être réfléchies et résolues d'un point de vue juridique, le droit résulte autant qu'il témoigne d'une appréhension patriarcale du monde en général et des questions touchant les femmes en particulier<sup>3</sup>. Les normes juridiques ne sont ni neutres ni objectives, mais entérinent autant qu'elles contribuent à renforcer la subordination des femmes<sup>4</sup>. Si l'on prend soin d'éviter l'écueil essentialiste en s'abstenant de tout commentaire sur ce qui constituerait par définition un point de vue d'homme et une préoccupation de femme, ces analyses offrent une grille stimulante à l'aune de laquelle on peut étudier le droit et son interprétation aux fins de déterminer si (et comment) l'un comme l'autre intègrent la position spécifique des femmes et les défis auxquels elles sont confrontées tout particulièrement du fait de leur sexe<sup>5</sup>.

Dans cette perspective on a choisi d'interroger le regard que la Cour européenne des droits de l'homme porte respectivement sur la prostitution, le port du voile et l'avortement. En se prononçant au sujet de comportements majoritairement adoptés par des femmes dans le cadre de procédures majoritairement déclenchées par des femmes à la lumière d'un instrument conventionnel n'étant pas destiné à promouvoir particulièrement

<sup>2</sup> L. FINLEY, « Breaking Women's Silence in Law : The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning », *Notre Dame Law Review*, 1989, p. 888 ; T. PITCH, « Femmes dans le droit, femmes hors du droit ? Justice sexuée, droit sexué », *Déviance et société*, 1992, pp. 263-270. V., à propos du caractère sexué de la langue et de la science plus généralement, L. IRIGARAY, « Le sujet de la science est-il sexué ? », *Hypatia*, 1987, pp. 65-87, ainsi que R. BRAIDOTTI et V. DEGRAEF, « Théories des études féministes : quelques expériences contemporaines en Europe », *Les Cahiers du GRIF - Savoir et différence des sexes*, 1990, pp. 29-50.

<sup>3</sup> O. DHAVERNAS, *Droits des femmes - Pouvoirs des hommes*, Paris, Éditions du Seuil, 1978.

<sup>4</sup> H. CHARLESWORTH, « Feminists Methods in International Law », *AJIL*, 1991 ; K. BARTLETT, « Feminist Legal Methods », *Harvard Law Review*, 1990-4, p. 837 ; D. RHODE, « Feminist Critical Theories », *Stan. L. Rev.*, 1989-1990, p. 619.

<sup>5</sup> A. DEVILLE et O. PAYE (s.l.d.), « Les femmes et le droit : constructions idéologiques et pratiques sociales », Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1999 ; v., au sujet du manque d'études féministes du droit en France, S. HENNETTE-VAUCHEZ et C. GIRARD, « Théories du genre et théorie du droit », *Savoir/Agir*, 2012/2, n° 20, pp. 53-59 ; R. DHOQUOIS, « La recherche féministe à l'université dans le domaine du droit - Une absence en forme de désertion », *Les Cahiers du CEDREF*, mis en ligne le 9 mai 2009, pp. 171-177, dont le texte peut être consulté sur le site <http://cedref.revues.org/278> ; A. REVILLARD, K. LEMPEN, L. BERENI, A. DEBAUCHE et E. LATOUR, « À la recherche d'une analyse féministe du droit dans les écrits francophones », *Nouvelles questions féministes*, 2009/2, pp. 4-10.

les droits de la femme<sup>6</sup>, cette jurisprudence constitue *a priori* un matériau propice pour vérifier si (et comment) les juges accommodent un arsenal juridique protégeant les droits humains en général à des problèmes rencontrés spécifiquement par les femmes. Il semblait d'autant plus pertinent de l'étudier dans la mesure où les requérantes qui se présentent devant la Cour sont minoritaires et semblent obtenir des succès mitigés<sup>7</sup>, ce constat méritant sans doute d'être réfléchi en parallèle à la place accordée aux femmes dans les décisions rendues par la Cour.

L'évaluation de la jurisprudence de la Cour à l'aide d'une grille d'analyse féministe se heurte d'emblée à une difficulté. Aux fins de comparaison, elle suppose qu'on esquisse un modèle de ce qui peut constituer une décision qui prendrait adéquatement en considération la position spécifique des femmes au sujet d'un phénomène précis. Un tel exercice est périlleux en ce qu'il postule qu'on puisse définir, de manière uniforme et précise, la bonne approche à réserver à une requête particulière. Il est d'autant plus périlleux lorsque l'on s'intéresse à la prostitution, au port du voile et à l'avortement, au sujet desquels les études féministes elles-mêmes adoptent des positions contrastées et véhiculent des représentations du statut qu'y occupent les femmes qui n'ont rien d'univoque. Malgré ces difficultés on a choisi de partir, pour chaque cas de figure, d'une proposition concrète de ce qui peut constituer une approche juridique informée de la position occupée par les femmes, qu'on utilise à la manière d'un étalon auquel on peut comparer les décisions réellement prises par la Cour. Il ne s'agit pas de présenter ces propositions comme des solutions, mais plutôt d'en faire des outils conceptuels qui rendent une certaine évaluation possible. Ces propositions ont été élaborées en s'inspirant des expériences rapportées par les requérantes, par certaines parties intervenantes et par certaines associations spécialisées au sujet des pratiques envisagées. Cela ne

<sup>6</sup> Au contraire de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a spécifiquement pour objet de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée à New York, le 18 déc. 1979, *RTNU*, vol. 1249, p. 24. Pour un commentaire du préambule et des informations sur le contexte de l'adoption de cette convention, v. M. A. FREEMAN, C. CHINKIN et B. RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women - A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1-49.

<sup>7</sup> Discours intitulé « Les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'homme », prononcé par la juge belge à la Cour européenne des droits de l'homme Françoise Tulkens à la Vrij Universiteit te Brussel (V.U.B.), le 9 mars 2007, dont le texte peut être consulté sur le site suivant : [http://www.ies.be/files/Fr.Tulkens.Notes\\_de\\_support\\_au\\_cours\\_du\\_9\\_mars\\_2007.pdf](http://www.ies.be/files/Fr.Tulkens.Notes_de_support_au_cours_du_9_mars_2007.pdf). Pour la période examinée (entre le 1<sup>er</sup> nov. 1998 et le 1<sup>er</sup> mars 2006), le nombre de requêtes introduites par des femmes se situerait, en chiffres absolus, aux environs de 1300, ce qui représente environ 16% des requêtes.

signifie pas que l'on pense que ce point de vue devrait par définition prévaloir. Il est toutefois particulièrement utile parce qu'il offre un regard particulier qui permet de faire émerger ce qui le distingue ou ce qui le sépare du regard porté par la Cour.

En somme, il s'agit d'évaluer la mesure dans laquelle la Cour fait état de la vulnérabilité des femmes qui se prostituent, qui portent le voile et qui souhaitent avorter alors que cela leur est interdit, et de déterminer si cette vulnérabilité se traduit en termes juridiques dans les qualifications et les interprétations adoptées par la Cour. De manière générale on montrera que, si la jurisprudence de la Cour n'est pas dénuée de considérations réflexives au sujet de la façon dont le droit affecte les femmes en particulier, ces réflexions se matérialisent rarement par des accommodements apportés aux règles telles qu'elles sont définies par la Convention et interprétées traditionnellement par la Cour. Loin de reconnaître que la prostitution, le port du voile et l'avortement mettent en jeu des rapports de force qui fonctionnent plutôt au détriment des femmes, la Cour les aborde généralement à travers des questions conçues de façon individuelle et traitées au cas par cas. Cette relative indifférence vis-à-vis des enjeux politiques que présentent ces pratiques pour les femmes peut s'expliquer à la lumière des postulats sur lesquels repose la Convention européenne des droits de l'homme tenant à une conception libérale, individualiste et universaliste de la protection de ces droits, postulats auxquels la Cour devrait en partie renoncer si elle devait adapter son arsenal juridique pour accommoder la situation particulière des femmes. En ce sens la présente contribution illustre autant qu'elle confirme des analyses déjà émises par des auteures féministes selon lesquelles les systèmes de protection des droits de la personne – s'ils participent sur certains points à promouvoir l'émancipation et l'autonomie des femmes<sup>8</sup> – n'en fonctionnent pas moins selon des schémas qui limitent structurellement la prise en considération de leurs sorts<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, dans le présent ouvrage, « Du sexe au genre : le corps des femmes en droit international ».

<sup>9</sup> S. PALMER, « Feminism and the promise of human rights : Possibilities and paradoxes », in *Visible Women : Essays on Feminist Legal Theory and Political Philosophy*, S. JAMES and S. PALMER (ed.), Oxford, Hart, 2002, p. 114 ; S. PALMER, « Critical perspectives on women's rights : The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms' », in *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law*, A. BOTTOMLEY (ed.), Londres, Cavendish, 1996, pp. 223-242.



## I. LA PROSTITUTION ET LES PROSTITUÉES DEVANT LA COUR

La prostitution est une pratique complexe, qui présente des formes diverses qu'on ne saurait systématiquement réduire à un rapport de subordination des femmes. Etant donné toutefois que les personnes qui se prostituent sont majoritairement des femmes qui se trouvent fréquemment dans des situations d'isolement caractérisées par une précarité sur les plans sanitaire, administratif, familial et socio-économique<sup>10</sup>, les prostituées constituent des personnes vulnérables, dont la protection effective des droits requiert qu'on ait égard à la spécificité de leur situation. Cette précarité est aujourd'hui d'autant plus importante que les prostituées d'Europe occidentale sont majoritairement de nationalité étrangère et en séjour irrégulier<sup>11</sup>. La prise en considération par les juges de la vulnérabilité des prostituées pourrait, par exemple, les amener à présumer que les circonstances dans lesquelles les femmes se prostituent sont incompatibles avec les droits et la dignité de la personne humaine. Cela aurait pour conséquence de reconnaître que ces personnes doivent bénéficier de mesures de protection particulières qu'il appartiendrait aux États de mettre en œuvre de façon positive. La Cour européenne des droits de l'homme n'a toutefois pas adopté de telles positions. Si sa jurisprudence au sujet de la prostitution n'est pas abondante, il en ressort qu'elle aborde cette pratique à travers le prisme du consentement, et estime que la prostitution est incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine uniquement lorsqu'elle est contrainte dans le contexte de la traite des êtres humains (A). Loin d'être présentées comme des personnes vulnérables qui nécessiteraient une

<sup>10</sup> En France on estimait en 2013 que 10 à 15 % des personnes prostituées étaient des hommes ou des personnes transsexuelles (Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires sociales sur la situation sanitaire et sociale des personnes prostituées, Sénat, 8 oct. 2013), et en 2011 que 10 à 20 % des personnes prostituées étaient des hommes (Rapport d'information déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la prostitution en France, présenté par Guy Geoffroy, Assemblée nationale, 13 avr. 2011). A Bruxelles, on estime que 10 % des personnes prostituées sont des hommes – Données quantitatives disponibles concernant la prostitution masculine à Bruxelles (2000-2008), disponibles sur le site de l'Association Alias : [www.alias-bru.be](http://www.alias-bru.be) ; V. la résolution du Parlement européen du 26 févr. 2014 sur l'exploitation sexuelle et la prostitution et leurs conséquences sur l'égalité entre les hommes et les femmes, dont le préambule considère que « la prostitution et la prostitution forcée sont des phénomènes concernant une dimension de genre et une dimension internationale, puisque entre 40 et 42 millions de personnes sont concernées dans le monde entier, la grande majorité des personnes prostituées étant des femmes et des filles, et presque tous les clients étant des hommes, et considérant qu'elles constituent par conséquent tant une cause qu'une conséquence de l'inégalité entre les hommes et les femmes, qu'elles ne font qu'aggraver ».

<sup>11</sup> En 2011 on estimait en France que 80 % des personnes prostituées étaient de nationalité étrangère (Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales – *Rapport annuel 2012 sur la criminalité en France*, p. 226).

protection particulière de la part de l'État, les prostituées apparaissent aux yeux de la Cour comme des individus pleinement conscients de leurs droits et à même d'en exiger le respect auprès des autorités. Le rôle de l'État s'en trouve diminué puisque ses autorités ne sont obligées de prendre des mesures de protection particulière à leur égard que lorsqu'elles sont averties de situations problématiques (B).

A. – *Une approche de la prostitution à travers le prisme du consentement qui traduit mal la position des prostituées*

C'est en 2007 que la Cour souligne avec la plus grande fermeté « qu'elle juge la prostitution incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte »<sup>12</sup>. Cette contrainte lui paraît présente dès lors que des prostituées sont recrutées dans leur pays d'origine et amenées sur le territoire d'États membres du Conseil de l'Europe afin qu'elles s'y prostituent. Dans de tels cas de figure la Cour considère que la prostitution relève en soi de l'article 4 de la Convention, qui interdit de tenir quiconque en esclavage ou en servitude ou de l'astreindre à un travail forcé ou obligatoire. Sans qu'il lui paraisse nécessaire de rattacher le sort des victimes à l'une ou l'autre des catégories visées par l'article 4 comme la Cour l'avait pourtant fait à propos d'une domestique dans l'affaire *Siliadin c. France*<sup>13</sup>, la Cour estime « qu'en elle-même la traite des êtres humains [...] relève de la portée de l'article 4 de la Convention »<sup>14</sup>. Cette catégorisation automatique se justifie, selon la Cour, « eu égard à l'obligation qui est la sienne d'interpréter la Convention à la lumière des conditions de vie actuelles », et étant donné qu'« il ne peut y avoir aucun doute quant au fait que la traite porte atteinte à la dignité humaine et aux libertés fondamentales de ses victimes et qu'elle ne peut être considérée comme compatible avec une société démocratique ni avec les valeurs consacrées dans la Convention »<sup>15</sup>. La Cour a décidé d'apparenter la prostitution forcée à une forme contemporaine d'esclavage lorsqu'elle a été confrontée au sort d'une ressortissante russe âgée de vingt et un ans quand elle arrive à Chypre aux fins d'y travailler dans un cabaret comme

<sup>12</sup> CEDH, *V.T. c. France*, arrêt du 11 sept. 2007, § 25.

<sup>13</sup> CEDH, *Siliadin c. France*, 26 juill. 2005, §§ 120-129.

<sup>14</sup> CEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, 7 janv. 2010, § 282 ; v. aussi, CEDH, *V.F. c. France*, arrêt du 29 nov. 2011, p. 12.

<sup>15</sup> *Ibid.*

« artiste », une fonction dont personne n'ignore là-bas qu'elle consiste généralement à se prostituer<sup>16</sup>. La Cour explique à cette occasion que :

« Du fait même de sa nature et de son but consistant à exploiter autrui, la traite des êtres humains repose sur l'exercice de pouvoirs qui se rattachent au droit de propriété. Dans ce système des êtres humains sont traités comme des biens que l'on peut vendre et acheter, et ils sont soumis à un travail forcé, qu'ils exercent souvent pour peu ou pas d'argent généralement dans l'industrie du sexe, mais aussi ailleurs. Cela implique une surveillance étroite des activités des victimes, et bien souvent celles-ci voient leur liberté de circulation restreinte, subissent des actes de violence et des menaces, et sont soumises à des conditions de vie et de travail épouvantables »<sup>17</sup>.

En reliant la prostitution organisée par la traite des êtres humains à l'article 4 si peu évoqué et dont la violation a été si rarement retenue<sup>18</sup>, la Cour mobilise une disposition particulièrement infamante de la Convention et apparente ce phénomène à une forme contemporaine d'esclavage. Si elle a pour objet de condamner sévèrement la traite des êtres humains, cette qualification a simultanément pour effet de neutraliser les femmes en les présentant comme des victimes de la traite des êtres humains plus généralement. La prostitution contrainte est abordée comme un rapport d'exploitation, sans être identifiée comme un rapport d'exploitation qui affecte principalement les femmes, alors même que la Cour évoque des éléments qui montrent que cette prostitution touche particulièrement les femmes<sup>19</sup> et que son éradication nécessite de prendre en compte « la

<sup>16</sup> Rapport établi *ex officio* le 24 nov. 2003 par la médiatrice chypriote sur le régime d'entrée et d'emploi des femmes étrangères en tant qu'artistes dans des lieux de divertissement à Chypre ; Rapport du 12 févr. 2004 établi par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe suite à sa visite en juin 2003 ; Rapport de suivi du 26 mars 2006 sur les progrès accomplis dans la mise en œuvre des recommandations du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe ; Rapport du 12 déc. 2008 du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe suite à sa visite en juillet 2008 ; Rapport de juin 2008 sur la traite des personnes du département d'État américain, cités dans la décision CEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, 7 janv. 2010, §§ 80-107.

<sup>17</sup> CEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, 7 janv. 2010, § 281.

<sup>18</sup> CEDH, *Graziani-Weiss c. Autriche*, 18 oct. 2011 (l'obligation pour un avocat de faire fonction de curateur légal non rémunéré d'une personne handicapée mentale ne constitue pas une violation de l'article 4 de la Convention) ; CEDH, *Stummer c. Autriche*, 7 juill. 2011 (le travail accompli par un détenu en prison ne constitue pas une violation de l'article 4 de la Convention).

<sup>19</sup> Dans l'affaire *Rantsev c. Chypre*, la Cour mentionne le rapport établi *ex officio* par la médiatrice chypriote sur le régime d'entrée et d'emploi des femmes étrangères en tant qu'artistes dans des lieux de divertissements à Chypre (§§ 80-90), le rapport du 12 févr. 2004 établi par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (§§ 91-94), le rapport de suivi du 26 mars 2006 sur les progrès accomplis dans la mise en œuvre des recommandations du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (§§ 95-100), le rapport du 12 déc. 2008 du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe sur sa visite à Chypre du 7 au 10 juill.

situation spécifique des femmes et des enfants victimes »<sup>20</sup>. On ne veut pas dire ici que les femmes forcées à se prostituer se situeraient nécessairement dans une situation nettement défavorable par rapport aux hommes forcés à se prostituer. On veut simplement montrer que la Cour ne mentionne pas la position spécifique qu'occupent les femmes dans le phénomène de la traite des êtres humains, préférant aborder cette dernière de manière globale comme un rapport de subordination dans lequel toute idée de consentement est par définition exclue.

La Cour n'évoque pas davantage le sexe des prostituées qui disent se prostituer librement même si elle appréhende cette pratique très différemment sur le fond. Dans de tels cas de figure la Cour ne qualifie pas la prostitution en tant que telle au regard de la Convention, et ne considère pas, par exemple, que la prostitution s'apparente en soi à un traitement incompatible avec la dignité humaine et les libertés fondamentales<sup>21</sup>. La Cour s'en explique dans l'affaire *V.T. c. France* en rappelant que la requérante ne soutenait pas que la prostitution était « en elle-même "inhumaine" ou "dégradante" au sens de l'article 3 de la Convention »<sup>22</sup>, et en relevant l'absence de consensus européen à ce propos<sup>23</sup>. Il est vrai que, dans cette affaire, la requérante s'estimait victime d'un traitement inhumain et dégradant en violation de l'article 3, et astreinte à un travail forcé en violation de l'article 4 en raison de circonstances particulières entourant son activité prostitutionnelle qui tenaient au comportement des autorités françaises. Elle affirmait être contrainte à poursuivre cette activité par l'administration française qui lui réclamait des impôts et des cotisations à concurrence de 40.000 euros, réduisant à néant ses tentatives de quitter le milieu. Mentionnant que « certains estim[ent] que la prostitution n'est jamais librement consentie mais toujours, au moins, contrainte par les conditions socioéconomiques », la Cour évite toutefois de prendre position à ce sujet en affirmant qu'elle « n'entend cependant pas entrer dans un débat dont l'issue n'est pas déterminante en l'espèce »<sup>24</sup>. Se limitant à la question de savoir si l'attitude de l'administration française consistant à réclamer à la requérante des sommes importantes a eu pour effet de l'obliger à se

2008 (§§ 101-103) et le rapport sur la traite des personnes du département d'État américain de juin 2008 (§§ 105-107).

<sup>20</sup> Dans l'affaire *Rantsev c. Chypre*, la Cour mentionne l'article 10 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, *STCE* n° 197, 16 mai 2005 (§ 167).

<sup>21</sup> CEDH, *V.T. c. France*, 11 sept. 2007, § 24 ; CEDH, *S.B. et D.B. c. Belgique*, 15 juin 2006, p. 16.

<sup>22</sup> CEDH, *V.T. c. France*, 11 sept. 2007, § 24.

<sup>23</sup> CEDH, *V.T. c. France*, 11 sept. 2007, § 24.

<sup>24</sup> CEDH, *V.T. c. France*, 11 sept. 2007, § 25.

prostituer et, partant, de lui infliger un traitement inhumain et dégradant, la Cour y a répondu par la négative :

« La Cour ne doute pas que l'obligation ainsi faite à la requérante de payer ces dettes récurrentes ait rendu malaisée la cessation de l'activité prostitutionnelle dont elle tirait ses seuls revenus et entravé son projet de réinsertion. Elle est en outre sensible aux difficultés - indéniables - de la situation de la requérante. Cela ne suffit cependant pas pour convaincre la Cour que la requérante est fondée à se dire contrainte de ce fait à continuer à se prostituer. Tout d'abord, il va sans dire que ni l'URSSAF ni aucun autre organisme ou autorité n'ont jamais exigé d'elle qu'elle finance le paiement des cotisations et majorations réclamées par la poursuite de son activité prostitutionnelle. Ensuite, la requérante ne fournit aucun élément concret dont il ressortirait qu'elle était dans l'impossibilité de le faire par d'autres moyens. Enfin, si l'URSSAF a fait preuve à son encontre d'une certaine raideur en lui adressant systématiquement, jusqu'en janvier 1999, des ordres de paiement - alors que son état de détresse et ses difficultés de paiement ressortaient assez clairement de la circonstance que, presque invariablement, elle contestait ceux-ci devant les juridictions -, les faits montrent que l'organisme était néanmoins disposé à mettre en œuvre des mesures d'accompagnement, tel l'échelonnement des versements, susceptibles d'atténuer les difficultés qu'avait l'intéressée à effectuer ceux-ci »<sup>25</sup>.

Ce raisonnement amène la Cour à conclure que la requérante n'a pas été contrainte par les autorités à se prostituer et que la France n'est responsable d'aucune violation au regard de la Convention. La manière dont la Cour s'intéresse à l'existence ou non d'une contrainte dans ce cas de figure est intéressante à deux titres au moins. D'une part, elle induit que la prostitution librement consentie n'est pas en soi incompatible avec la dignité humaine, et suggère que par son consentement la prostituée renonce en quelque sorte à la protection de sa dignité humaine, une analyse qui n'a rien d'évident lorsqu'on se rappelle que « le lancer de nains » a pu être considéré comme une pratique incompatible avec la dignité humaine alors même que le nain concerné y avait consenti<sup>26</sup>. D'autre part, elle retient de la contrainte une

<sup>25</sup> CEDH, *V.T. c. France*, 11 sept. 2007, § 33.

<sup>26</sup> CEDH, *Wackenheim c. France*, 16 oct. 1996. Au sujet de certaines pratiques attentatoires à la dignité de la personne humaine et du rôle du consentement de la victime à leur égard, v. P. FRÜMER, *La renonciation aux droits et libertés - La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant-Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, pp. 297-319. V., pour une discussion de la question de savoir si la pratique du sado-masochisme est attentatoire à la dignité humaine dans la mesure où elle est consentie et si la condamnation de personnes s'y adonnant est une ingérence disproportionnée dans leur vie privée, CEDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 févr. 2005, § 85 : « Si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application

définition stricte qui suggère qu'elle n'existe que lorsque la marge de décision des prostituées se trouve complètement annihilée en raison de la coercition physique et psychologique qu'elles subissent comme dans le cas de la traite des êtres humains. Cette conception ne s'impose pas, comme l'illustre l'opinion individuelle de la juge suédoise Fura-Sandström qui était, pour sa part, convaincue que la requérante était *de facto* contrainte à continuer à se prostituer pour pouvoir assurer le paiement de ses dettes vis-à-vis de l'administration française, d'autant plus que ses dettes portaient sur des sommes importantes et qu'elle n'avait alors pas d'autres moyens de rémunération pour y faire face<sup>27</sup>. On peut remarquer que la juge soulignait par ailleurs l'ambiguïté de l'approche française de la prostitution :

« Si, d'un côté, les personnes prostituées sont considérées comme des victimes et le proxénétisme (défini par l'article 225-5 du Code pénal comme étant le fait de tirer profit de la prostitution d'autrui) est réprimé, de l'autre, elles sont assujetties à l'impôt ainsi qu'à la cotisation à des allocations au titre des revenus générés par cette activité. Dans son jugement en la cause de la requérante le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Paris reproche ainsi à l'État de tirer profit de la prostitution, un peu comme un proxénète, soulignant en outre que, de la sorte, "l'État retarde ou interdit toute réinsertion puisqu'il oblige toute personne prostituée, en général démunies d'autres sources de revenus et d'autres possibilités professionnelles, à poursuivre cette activité pour pouvoir déférer à cette fiscalisation". Cette approche frise en fait l'absurde dès lors que, comme le souligne également le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Paris, elle "contredit ouvertement les textes législatifs et réglementaires [...] selon lesquels les victimes de la prostitution doivent faire l'objet de mesures de rééducation et de reclassement de la part des pouvoirs publics, et non pas de mesures d'imposition de la part desdits pouvoirs publics" »<sup>28</sup>.

Cette analyse plus réflexive n'a pas jusqu'à présent amené la Cour à aborder la prostitution en incluant davantage dans son raisonnement la position des femmes et leurs préoccupations. Son approche reste à ce stade dichotomique puisque la prostitution est apparentée soit à une forme d'esclavage incompatible avec la dignité humaine, soit à une « activité

---

est celle du respect de la volonté de la "victime" de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect, ce qui ne fut pas le cas ».

<sup>27</sup> Opinion partiellement dissidente de Mme la Juge FURA-SANDSTRÖM, CEDH, *V.T. c. France*, 11 sept. 2007, § 1.

<sup>28</sup> Opinion partiellement dissidente de Mme la Juge FURA-SANDSTRÖM, CEDH, *V.T. c. France*, 11 sept. 2007, § 2 ; V. aussi, dans le même sens, Jean-Manuel LARRALDE, « La France, État proxénète ? À propos de l'arrêt *V.T. c. France*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 11 septembre 2007 », *RTDH*, 2009/11, pp. 195-210.

professionnelle » que les femmes sont libres d'exercer<sup>29</sup>. Cette approche n'est pas sans rappeler celle de la Cour de Justice de l'Union européenne selon laquelle « la prostitution relève des activités économiques exercées en tant qu'indépendant » à condition qu'elle soit exercée par le prestataire « en dehors de tout lien de subordination en ce qui concerne le choix de cette activité, les conditions de travail et de rémunération, sous sa propre responsabilité et contre une rémunération qui lui est intégralement et directement versée »<sup>30</sup>. Il est intéressant de noter que la question du libre consentement des prostituées avait été abordée devant la Cour de Justice, qui n'avait finalement pas suivi les gouvernements néerlandais et belge d'après lesquels la prostitution ne pouvait être considérée comme une activité exercée à titre indépendant au sens des accords d'association avec la Pologne et la République tchèque « parce qu'il n'est pas possible de déterminer si la prostituée a volontairement émigré dans l'État membre d'accueil ni si elle y exerce librement ses activités »<sup>31</sup>. Cette manière d'aborder la prostitution en l'articulant principalement autour de la question du consentement et de la contrainte entendue restrictivement illustre autant qu'elle renforce la conception libérale de la protection européenne des droits de la personne<sup>32</sup>, une conception dont certaines auteures ont montré combien elle avait pour effet de minimiser voire d'effacer les formes de contrainte issues de rapports de domination historiques entre les hommes et les femmes, comme d'autres rapports de force d'ailleurs fondés sur des considérations raciales ou sociales<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> CEDH, *S.B. et D.B. c. Belgique*, 15 juin 2006, p. 16. Dans cette affaire une prostituée se plaignait de l'existence dans le Code pénal belge de dispositions punissant, d'une part, la provocation publique à la débauche et, d'autre part, la publicité pour offre de prostitution. Selon la requérante, ces dispositions l'empêchaient d'exercer son activité de prostituée indépendante puisqu'elle ne pouvait racoler ses clients dans la rue. Abordant cette situation sous l'angle de l'article 10 de la Convention garantissant la liberté d'expression, la Cour s'est principalement demandé si l'ingérence de l'État - dont personne ne contestait qu'elle poursuivait le but légitime de protéger les droits d'autrui et la morale - constituait une mesure proportionnée à ce dernier et y a répondu par l'affirmative.

<sup>30</sup> CJUE, *Aldona Malgorzata Jany c. Staatssecretaris van Justitie*, 20 nov. 2001, aff. C-268/99, point 71. On peut rappeler que la question du libre consentement des prostituées avait également été discutée devant la Cour de Justice, qui n'avait finalement pas suivi les gouvernements néerlandais et belge selon lesquels la prostitution ne pouvait être considérée comme une activité exercée à titre indépendant au sens des accords d'association avec la Pologne et la République tchèque « parce qu'il n'est pas possible de déterminer si la prostituée a volontairement émigré dans l'État membre d'accueil ni si elle y exerce librement ses activités » (point 54).

<sup>31</sup> *Ibid.*, point 54.

<sup>32</sup> N. LACEY, « Feminist Legal Theory and the Rights of Women », in K. KNOP, *Gender and Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2006, pp. 13-55.

<sup>33</sup> L. FINLEY, « Breaking Women's Silence in Law : The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning », *Notre Dame L. Rev.* 1989, p. 896.

*B. – Une approche des prostituées comme des individus à même d'exiger le respect de leurs droits auprès des autorités qui paraît décalée par rapport à leur réalité*

Pareillement à la prostitution qui n'est pas traitée de façon particulière en raison du fait qu'elle affecterait principalement les femmes, les prostituées ne font pas l'objet non plus d'une évaluation spécifique en raison du fait qu'elles sont des femmes dont la situation se caractérise par une certaine vulnérabilité. Si les requérantes n'ont jamais elles-mêmes prétendu qu'elles étaient dans une position particulière du fait qu'elles étaient des femmes, elles ont parfois attiré l'attention de la Cour sur la précarité de leur statut. Cela a notamment été le cas dans le contexte de deux affaires concernant le sort de deux Nigérianes âgées respectivement de dix-neuf et vingt-trois ans lorsqu'elles arrivent en France, où elles sont obligées de se prostituer par le biais de réseaux dont l'existence et les fonctionnements sont largement dénoncés. Si la Cour a rappelé que les États doivent mettre en place un cadre législatif et administratif approprié pour réprimer la traite des êtres humains, mais sont aussi obligés, dans certaines circonstances, de prendre des mesures concrètes pour protéger les victimes avérées ou potentielles de la traite<sup>34</sup>, elle a estimé que pour cela « il doit être démontré que les autorités de l'État avaient ou devaient avoir connaissance de circonstances permettant de soupçonner raisonnablement qu'un individu était soumis, ou se trouvait en danger réel et immédiat de l'être »<sup>35</sup>, à la traite des êtres humains. Or une telle démonstration lui semblait faire défaut dans ces deux affaires. Dans la première d'entre elles, la Cour relevait que la requérante n'avait mentionné le trafic dont elle se prétendait la victime ni dans sa demande d'asile, ni lors de son entretien avec l'officier de protection de l'OFPRA, ni lors de son interrogatoire alors qu'elle était placée en garde à vue pour racolage, se limitant à évoquer le réseau qui l'exploitait devant la Cour nationale du droit d'asile, mais « dans des termes qualifiés "d'extrêmement vagues" par cette juridiction »<sup>36</sup>. La requérante s'expliquait en faisant état de la difficulté pour les victimes de la traite de dénoncer les réseaux dans leur demande d'asile quand elles sont toujours sous leur emprise. Des tiers intervenants notaient à ce sujet que les victimes nigérianes de la traite des êtres humains sont souvent liées à leurs trafiquants par une dette importante qui peut s'élever de 40 000 à 60 000 euros et

<sup>34</sup> CEDH, *V.F. c. France*, 29 nov. 2011, p. 12 ; CEDH, *J.A. c. France*, 27 mai 2014, § 36 ; v. déjà, CEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, 7 janv. 2010, § 286.

<sup>35</sup> CEDH, *V.F. c. France*, 29 nov. 2011, p. 12 ; v. déjà CEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, 7 janv. 2010, § 286.

<sup>36</sup> CEDH, *V.F. c. France*, 29 nov. 2011, p. 13.



qu'elles sont soumises à des rituels religieux appelés « juju » ou « vaudou » fondés sur les croyances superstitieuses des victimes qui sont ainsi moralement liées au réseau et craignent les représailles au point de ne pas toujours dénoncer les réseaux qui les emploient ou de coopérer avec les autorités<sup>37</sup>. La Cour a estimé toutefois qu'au vu des éléments du dossier la requérante ne se trouvait pas dans une telle difficulté lorsqu'elle était en présence des officiers de l'État et a souligné qu'elle disait se prostituer alors pour son propre compte<sup>38</sup>. C'est un raisonnement similaire que la Cour adopte dans l'affaire *J.A. c. France*, en notant que la requérante n'a évoqué l'existence d'un réseau ni dans sa demande d'asile, ni lors de l'entretien avec l'officier de protection de l'OFPPA, mais s'est limitée à évoquer le réseau en cause « devant le magistrat qui instruisit sa plainte pour viol en réunion », sans plus y faire allusion par la suite<sup>39</sup>. Dès lors,

« La Cour, bien que consciente de l'importance du phénomène de la traite des femmes nigérianes en France et des difficultés pour ces personnes à se faire connaître des autorités en vue d'obtenir une protection, ne peut que constater, [...] que la requérante n'a pas tenté d'interpeller les autorités sur sa situation. Elle est donc d'avis que les éléments exposés par la requérante ne suffisent pas à prouver que les autorités de police savaient ou auraient dû savoir que la requérante était une victime d'un réseau de traite des êtres humains au moment où elles ont décidé de son éloignement »<sup>40</sup>.

Dans ces deux affaires la Cour a vérifié aussi si l'État avait pris toutes les mesures nécessaires pour prévenir l'éventuel réenrôlement dans le réseau de prostitution à partir du pays d'origine. Cette obligation pèse en effet sur les États s'ils savent ou devraient savoir que les personnes concernées risquent d'être réenrôlées dans un tel réseau en cas de renvoi vers leur pays. Là encore la Cour n'en a pas été convaincue en constatant que « la requérante n'[avait] pas démontré le risque imminent de ré-enrôlement qui pèserait sur elle dès son arrivée à l'aéroport, ne faisant notamment pas état de menaces ou de représailles qu'elle aurait subies de la part des membres du réseau depuis qu'elle l'a quitté et alors même qu'elle n'a pas remboursé sa dette »<sup>41</sup>. Si la Cour reconnaît que « la requérante vivait, depuis l'âge de

<sup>37</sup> Observations du *Aire Centre* (organisation non gouvernementale britannique dont la mission est de promouvoir le droit européen et d'assister les populations marginalisées et les personnes vulnérables dans la revendication de ces droits) et le *ATLep* (réseau d'avocats et de représentants du monde associatif au Royaume-Uni travaillant sur les questions de traite des êtres humains), CEDH, *V.F. c. France*, 29 nov. 2011, p. 11.

<sup>38</sup> CEDH, *V.F. c. France*, 29 nov. 2011, p. 13.

<sup>39</sup> CEDH, *J.A. c. France*, 27 mai 2014, § 37.

<sup>40</sup> CEDH, *V.F. c. France*, 29 nov. 2011, p. 13 ; v. aussi CEDH, *J.A. c. France*, 27 mai 2014, § 37.

<sup>41</sup> CEDH, *V.F. c. France*, 29 nov. 2011, p. 14.

quinze ans, livrée à elle-même et que, sans soutien familial à son retour ni formation professionnelle, sa relocalisation et sa réintégration dans la société nigériane seront difficiles », il n'en reste pas moins à ses yeux que cette femme ne peut bénéficier de la protection qui lui est garantie en vertu de la Convention puisqu'elle « a failli à interpellier les autorités sur sa situation et sur le risque potentiel de ré-enrôlement dans un réseau de traite »<sup>42</sup>. Les deux prostituées nigérianes apparaissent à la Cour contraintes dans un premier temps de se livrer à la prostitution au point que leur sort soit susceptible de relever de l'article 4 de la Convention qui interdit l'esclavage, la servitude et le travail forcé<sup>43</sup>, tout en devenant quelques mois plus tard suffisamment libres de s'y livrer sans que leur situation ne soit plus alors problématique au regard de la Convention dès lors qu'elles n'avaient pas interpellé les autorités publiques au sujet de leurs conditions de vie lorsqu'elles en avaient eu l'occasion, ni prouvé le risque potentiel qu'elles encouraient d'être réenrôlées dans les réseaux concernés à leur retour au pays<sup>44</sup>. Ce raisonnement illustre à nouveau la conception libérale de la protection européenne des droits de la personne, reposant sur les représentations d'un individu conscient de ses droits et à même d'en exiger le respect auprès des autorités et d'un État dont on reconnaît qu'il ne doit assurer la protection de l'individu que lorsqu'il est activé par ce dernier à cette fin.

On l'aura compris, la prostitution et les prostituées sont abordées par la Cour à partir de la question du consentement, illustrant par là même la place qu'elle accorde à la volonté individuelle. On aurait pu penser *a priori* que le port du voile, en tant que manifestation de liberté de religion garantie par la Convention, soit également abordé à travers la question du consentement, admettant que les femmes adoptent cette pratique dès lors qu'elles n'y sont pas contraintes. Ce n'est pourtant pas l'approche réservée à ce sujet par la Cour, qui paraît appréhender les corps des femmes bien différemment selon que les prostituées le dévoilent ou que les musulmanes le voilent.

<sup>42</sup> CEDH, *V.F. c. France*, 29 nov. 2011, pp. 14-15.

<sup>43</sup> Rapport sur les pays d'origine du 6 avr. 2011 du UK Home Office ; Rapport du Département d'État des États-Unis de 2010 intitulé « Trafficking in Persons » ; Rapport de l'Organisation internationale pour les migrations de 2010 intitulé « Migration in Nigeria – A country profile » ; article intitulé « Combating Trafficking in Persons : A Case Study of Nigeria 2008 », *European Journal of Scientific Research* ; « Human Trafficking in Nigeria : Root Causes and Recommendations, 2006, UNESCO Policy Paper n° 140,2 ; cités dans la décision CEDH, *V.F. c. France*, 29 nov. 2011, pp. 6-7.

<sup>44</sup> N. HERVIEU, « Apports et apories des instruments conventionnels de lutte contre la prostitution forcée », in *Lettre "Actualités Droits-Libertés" du CREDOF*, 15 déc. 2011 ; Pour une réflexion au sujet de l'impossibilité psychologique d'agir dans laquelle se trouvent les victimes d'agressions sexuelles : L. LANGEVIN et N. DES ROSIERS, « L'impossibilité psychologique d'agir et les délais de prescription : lorsque le temps compte », *RJT*, 2007/2008, p. 395.

## II. LE PORT DU VOILE ET LES FEMMES VOILÉES DEVANT LA COUR

Si le port du voile ne concerne que les femmes, le port de symboles religieux concerne plus généralement tous les croyants. La Cour a d'ailleurs été saisie par des hommes qui revendiquaient le droit de manifester publiquement leur religion dans des contextes où cela leur était interdit<sup>45</sup>. Il n'est cependant pas déraisonnable d'affirmer qu'en portant un voile les femmes montrent leur attachement à la religion musulmane d'une façon particulièrement visible, qui les expose corrélativement à un risque accru d'être l'objet de discriminations ou soumises à des attitudes stigmatisantes et intolérantes. En raison de cette visibilité l'interdiction de porter des symboles religieux comme l'interdiction de porter tout vêtement qui couvre en tout ou en partie le visage, si elles se présentent comme des réglementations à caractère général, ont des répercussions plus notables pour les femmes voilées et risquent davantage que pour d'autres groupes minoritaires de participer à leur exclusion. Cette position spécifique pourrait être prise en considération en estimant que le port du voile relève de la liberté religieuse, qui doit être d'autant plus protégée dans le chef des femmes musulmanes qu'elles sont plus exposées. Leur situation pourrait justifier qu'on leur reconnaisse à ce sujet une liberté considérable que l'État ne pourrait limiter que très marginalement et selon des procédés qui veilleraient à promouvoir le plus possible leur inclusion dans la société en tant que femmes voilées. Or les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme à cet égard ne traduisent pas une telle prise en considération. Loin d'aborder le port du voile comme un choix individuel que les femmes sont libres de poser – comme elle le fait par contre pour la prostitution comme on l'a vu –, la Cour y voit le signe d'un rapport conflictuel entre l'individu et la collectivité, qu'elle résout systématiquement à la faveur de la seconde au nom de valeurs conçues de manière très abstraite qui justifieraient de rendre les femmes voilées invisibles (A). Quant aux femmes voilées la Cour admet finalement les risques de discrimination auxquels elles sont exposées, tout en acceptant que les autorités

<sup>45</sup> Commission européenne des droits de l'homme, *X c. Royaume-Uni*, 12 juill. 1978, *Décisions et Rapports*, vol. 14, p. 234 (concernant l'obligation faite à un sikh pratiquant de porter un casque par mesure de sécurité lorsqu'il utilise une moto) ; CEDH, *Phull c. France*, 11 janv. 2005 (concernant l'obligation faite à un sikh pratiquant de retirer son turban lors d'un contrôle aéroportuaire) ; CEDH, *Kose et 93 autres c. Turquie*, 24 janv. 2006 (concernant l'interdiction de porter le voile islamique et la barbe) ; CEDH, *Ahmet Arslan et autre c. Turquie*, 23 févr. 2010, § 52 (concernant les poursuites pénales engagées contre plusieurs hommes en raison du fait qu'ils portaient un turban ainsi qu'une tunique de couleur noire et étaient munis d'un bâton – un accoutrement ayant pour objet de rappeler le prophète Mahomet, dans l'espace public).

publiques adoptent des mesures susceptibles de renforcer ces discriminations et, partant, l'exclusion des femmes voilées (B).

A. – *Une approche du voile comme le signe d'un rapport conflictuel entre l'individu et la collectivité qu'il serait légitime de résoudre en rendant les femmes voilées invisibles*

La Cour a constamment affirmé que la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une société démocratique<sup>46</sup>. En particulier la liberté de religion doit être protégée en garantissant la liberté d'adhérer ou non à une religion en son for intérieur, mais en permettant aussi de manifester sa religion individuellement et en privé ainsi que de manière collective et en public<sup>47</sup>. Comme la Cour le souligne régulièrement, la liberté de religion est

« un des éléments les plus vitaux contribuant à former l'identité des croyants et leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – consubstantiel à [une société démocratique] »<sup>48</sup>.

C'est toutefois au nom de la défense d'une société démocratique, dont la liberté de religion constitue notamment le ferment, que la Cour admet que la liberté de religion puisse être restreinte, et qu'elle reconnaisse, pour ce qui est de l'interdiction de porter le voile, une marge de manœuvre considérable aux États en arguant notamment de l'absence de consensus européen à ce sujet, cette absence se trouvant établie selon des méthodes qui n'ont pas manqué de soulever certaines critiques<sup>49</sup>. Jusqu'à présent la Cour n'a pas engagé la responsabilité d'États pour avoir adopté des réglementations restreignant la possibilité pour les femmes de porter le voile<sup>50</sup>. Si la Cour a

<sup>46</sup> CEDH, *Dahlab c. Suisse*, 15 févr. 2001, p. 12 ; CEDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 nov. 2005, § 104 ; CEDH, *Kurtulmus c. Turquie*, 24 janv. 2006, p. 6 ; CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, § 124.

<sup>47</sup> CEDH, *Dahlab c. Suisse*, 15 févr. 2001, p. 12 ; CEDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 nov. 2005, § 105 ; CEDH, *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, § 61 ; CEDH, *Kervanci c. France*, 4 déc. 2008, § 61 ; CEDH, *Aktas c. France*, 30 juin 2009, p. 7 ; CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, § 125.

<sup>48</sup> CEDH, *Dahlab c. Suisse*, 15 févr. 2001, p. 12 ; CEDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 nov. 2005, § 104.

<sup>49</sup> L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, « Le port du voile à l'Université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005 », *RTDH*, 2006, pp. 191-194 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Le voile à l'école : une Europe divisée », *RTDH*, 2004, pp. 963-964.

<sup>50</sup> V. par contre au sujet de réglementations restreignant la possibilité pour des hommes de porter certains symboles religieux, DEDH, *Ahmet Arslan et autre c. Turquie*, 23 févr. 2010, § 52 –

considéré à chaque fois que les mesures étatiques restrictives constituaient bel et bien des ingérences dans l'exercice du droit de manifester librement sa religion garanti à l'article 9 de la Convention, la Cour a refusé d'y voir une violation de cette liberté ou d'autres droits de la personne étant donné que ces mesures avaient été adoptées pour des motifs légitimes, qu'il s'agisse de protéger les droits d'autrui<sup>51</sup> ou l'ordre public<sup>52</sup>. Si ces appréciations ont parfois été critiquées dans des opinions individuelles émises par des juges qui voyaient mal quels étaient les « droits d'autrui » qu'on entendait protéger en interdisant par exemple le port du voile intégral dans l'espace public, il n'en reste pas moins que la situation a toujours été présentée comme une situation opposant l'individu à la collectivité qui devait se résoudre au bénéfice de la seconde.

De cette opposition la collectivité au nom de laquelle on choisit d'interdire le port du voile ressort systématiquement gagnante dès lors que les mesures sont généralement considérées par la Cour comme des mesures nécessaires dans une société démocratique et proportionnées au but qu'elles entendent atteindre. Ces deux appréciations sont toutefois posées en référence à des valeurs conçues de manière particulièrement abstraite. La Cour a généralement été convaincue du caractère nécessaire de l'interdiction de porter le voile dans une société démocratique dès lors que l'État mis en cause se disait attaché au principe de laïcité ou de neutralité confessionnelle<sup>53</sup> ou aux conditions du vivre-ensemble<sup>54</sup>. Dans l'affaire *Dogru c. France* comme dans d'autres affaires similaires mettant en cause la France, où les étudiantes d'un collège public avaient refusé de retirer leur voile lors du cours d'éducation physique et avaient dès lors été inscrites comme absentes au cours si fréquemment qu'elles avaient fini par être expulsées de l'école, la laïcité est érigée en « principe » et formule des « impératifs » dont la Cour admet qu'ils puissent présider à l'interdiction du port de signes religieux dans les collèges de façon à éviter que celui-ci ne devienne « un acte ostentatoire qui constituerait une source de pression et d'exclusion »<sup>55</sup>. Paradoxalement cette représentation du port du voile semble

---

Pour la Cour, la restriction religieuse consistant à poursuivre pénalement des hommes qui portaient une tenue religieuse dans l'espace public n'est pas nécessaire dans une société démocratique (violation de l'article 9).

<sup>51</sup> CEDH, *Dahlab c. Suisse*, 15 févr. 2001, p. 12 ; CEDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 nov. 2005, § 106 ; CEDH, *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, § 64 ; CEDH, *Aktas c. France*, 30 juin 2009, p. 7 ; CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, §§ 116 et 124.

<sup>52</sup> CEDH, *El Morsli c. France*, 4 mars 2008, p. 4 ; CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, § 115.

<sup>53</sup> CEDH, *Dahlab c. Suisse*, 15 févr. 2001, pp. 13-14 ; CEDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 nov. 2005, §§ 110 et 116 ; CEDH, *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, § 71.

<sup>54</sup> CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, § 142.

<sup>55</sup> CEDH, *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, § 71.

moins présente dans la décision rendue par la Cour au sujet de l'interdiction de porter le voile intégral à l'occasion de l'affaire *S.A.S. c. France*. Les exigences de la laïcité y semblent supplantées par « les exigences minimales de la vie en société », qui supposent une interaction entre les individus circulant dans l'espace public, une interaction que le port du voile intégral empêcherait par définition et qu'il serait justifié d'interdire pour cette raison<sup>56</sup>. Ces différentes justifications semblent à ce point légitimes qu'elles épargnent parfois à la Cour les efforts d'une démonstration précise et concrète du caractère proportionné des mesures restrictives au regard des objectifs qui leur sont assignés<sup>57</sup>. Dans l'affaire *Dahlab c. Suisse*, la mesure d'interdiction n'a pas paru déraisonnable à la Cour, au vu surtout du bas âge des enfants (entre 4 et 8 ans) dont la requérante avait la charge en tant que représentante de l'État<sup>58</sup>. Mais, dans l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie*, qui concerne non plus une enseignante mais une étudiante à l'université, les circonstances concrètes de l'affaire et la manière dont elles pèsent sur l'appréciation de la proportionnalité de la mesure restrictive ne sont pas examinées en détail<sup>59</sup>. La même impression ressort de l'examen des affaires relatives aux interdictions faites aux collégiennes françaises<sup>60</sup> et à l'interdiction du port du voile intégral<sup>61</sup>. Cette appréciation d'une proportionnalité réalisée dans l'abstrait est d'autant plus remarquable au sujet de l'interdiction du port du voile intégral que le Conseil d'État français avait établi de façon étayée le caractère disproportionné d'une interdiction de la dissimulation volontaire du visage qui porterait sur tout l'espace public<sup>62</sup>. Au sujet de la décision finalement rendue par la Cour au sujet du voile intégral, la juge allemande Nussberger et la juge suédoise Jäderblom avaient regretté, dans leur opinion dissidente conjointe, le « sacrifice des droits individuels à des principes abstraits »<sup>63</sup>.

Cette appréhension de plus en plus abstraite du voile dans ses rapports avec la collectivité contraste avec une inscription de plus en plus concrète du

<sup>56</sup> CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, § 122.

<sup>57</sup> V., pour une critique de la notion de vivre ensemble, X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Pour vivre ensemble, vivons dévisagés : le voile intégral sous le regard des juges constitutionnels belge et français », *RTDH*, 2014, pp. 642-649.

<sup>58</sup> CEDH, *Dahlab c. Suisse*, 15 févr. 2001, p. 14.

<sup>59</sup> CEDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 nov. 2005, §§ 118-122.

<sup>60</sup> CEDH, *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, § 76 ; v. aussi CEDH, *Aktas c. France*, 30 juin 2009, p. 9, et CEDH, *Bayrak c. France*, 30 juin 2009, p. 8.

<sup>61</sup> CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, § 157.

<sup>62</sup> Conseil d'État français, Étude sur les possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, mars 2010, pp. 22-34, dont le texte complet peut être téléchargé sur le site suivant : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/104000146/0000.pdf>.

<sup>63</sup> CEDH, *S.A.S. c. France*, opinion en partie dissidente commune des juges Nussberger et Jäderblom.

voile dans ses rapports avec les femmes qui le portent. Dans un premier temps la Cour a semblé faire du voile un symbole de l'inégalité entre les hommes et les femmes et justifier par là même son interdiction par les États. Dans l'affaire *Dahlab c. Suisse* concernant l'interdiction faite à une enseignante de l'école publique de porter le voile dans le cadre de ses activités d'enseignement, la Cour souligne la difficulté de « concilier le port du foulard islamique 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 »<sup>64</sup>. Si la Cour a été invitée dans l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie* à se départir d'une telle appréciation par la requérante qui désirait porter le foulard à l'université, la Cour a plutôt confirmé cette appréciation en estimant que dans le contexte turc,

« où les valeurs de pluralisme, de respect des droits d'autrui et, en particulier, d'égalité des hommes et des femmes devant la loi sont enseignées et appliquées dans la pratique, l'on peut comprendre que les autorités compétentes aient voulu préserver le caractère laïque de leur établissement et ainsi estimé comme contraire à ces valeurs d'accepter le port de tenues religieuses, y compris, comme en l'espèce, celui du foulard islamique »<sup>65</sup>.

Cette manière de se représenter le voile n'est toutefois pas partagée unanimement, et la juge belge Tulkens émet à ce sujet une opinion qui sonne comme un écho aux analyses féministes selon lesquelles il importe d'éviter d'inscrire les bénéficiaires des droits de la personne dans une narration victimaire qui tend à les déshumaniser et à les affaiblir<sup>66</sup>. Selon la juge,

« Il n'appartient pas à la Cour de porter une telle appréciation, en l'occurrence unilatérale et négative, sur une religion et une pratique religieuse, tout comme il ne lui appartient pas d'interpréter, de manière générale et abstraite, le sens du port du foulard ni d'imposer son point de vue à la requérante. Celle-ci – qui est une jeune femme adulte et universitaire – a fait valoir qu'elle portait librement le foulard, et rien ne contredit cette affirmation. À cet égard je vois mal comment le principe d'égalité entre les sexes peut justifier l'interdiction faite à une femme d'adopter un comportement auquel, sans que la preuve contraire ait été

<sup>64</sup> CEDH, *Dahlab c. Suisse*, 15 févr. 2001, p. 14 ; v., pour une analyse très différente au sujet de la présence de crucifix dans les salles de classe, CEDH, *Lautsi et autres c. Italie*, 18 mars 2011, §§ 73-76, avec une opinion dissidente toutefois du juge Malinverni, à laquelle se rallie la juge Kalaydjieva, § 6.

<sup>65</sup> CEDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 nov. 2005, § 11 ; CEDH, *Kose et 93 autres c. Turquie*, 24 janv. 2006.

<sup>66</sup> H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN et S. WRIGHT, « Feminist Approaches to International Law : Reflections from Another Century », in D. BUSS et A. MANJI, *International Law – Modern Feminist Approaches*, Oxford et Orland, Hart Publishing, 2005, p. 28.

apportée, elle consent librement. Par ailleurs l'égalité et la non-discrimination sont des droits subjectifs qui ne peuvent être soustraits à la maîtrise de ceux et de celles qui sont appelés à en bénéficier. Une telle forme de "paternalisme" s'inscrit à contre-courant de la jurisprudence de la Cour qui a construit, sur le fondement de l'article 8, un véritable droit à l'autonomie personnelle »<sup>67</sup>.

L'opinion de la juge a paradoxalement trouvé une résonance dans l'affaire du voile intégral. La Cour y estime qu'un État ne saurait invoquer « l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes [...] revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent ces dispositions, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux »<sup>68</sup>. Dans cette affaire la Cour souligne également que le port du voile intégral ne porte pas atteinte en soi à la dignité humaine<sup>69</sup>. Ces appréciations semblent en partie inspirées de l'expérience de la requérante, pour laquelle le port du voile intégral répond à un désir de sa part d'être en accord avec sa foi, sa culture et ses convictions personnelles, sans qu'aucune personne de son entourage n'exerce de pression à ce sujet<sup>70</sup>, ainsi que de rapports soumis à la Cour par différentes associations tendant à montrer qu'une écrasante majorité de femmes portent le voile intégral parce que cela correspond à leur volonté<sup>71</sup>. La Cour aborde ainsi le port du voile intégral moins comme une pratique collective imposée aux femmes par des prescrits

<sup>67</sup> Opinion dissidente de la juge Tulkens, CEDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 nov. 2005, § 12 ; v. dans le même sens L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, « Le port du voile à l'Université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005 », *RTDH*, 2006, pp. 194-197, et E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Le voile à l'école : une Europe divisée », *RTDH*, 2004, pp. 961-962 (à propos de la décision rendue par la Cour le 29 juin 2004 dans l'affaire *Leyla Sahin*).

<sup>68</sup> CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, § 119 ; sur ce point la Cour entérine les considérations du Conseil d'État français selon lequel « opposable à autrui (le principe d'égalité des hommes et des femmes) n'a pas, en revanche, vocation à être opposé à la personne elle-même, c'est-à-dire à l'exercice de sa liberté personnelle, laquelle peut, le cas échéant, la conduire à adopter un comportement susceptible d'être interprété comme consacrant son inégale situation, y compris dans l'espace public, dès lors que son intégrité physique n'est pas atteinte », « Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État de France le 25 mars 2010, p. 20. Elle se démarque de la Cour constitutionnelle belge, qui voit dans le port du voile intégral, un « comportement non conciliable avec ce principe d'égalité entre l'homme et la femme », Cour constitutionnelle belge, arrêt n° 145/2012 du 6 déc. 2012, B. 23, p. 40, dont le texte est disponible sur le site de la Cour : <http://www.const-court.be/public/f/2012/2012-145f.pdf>.

<sup>69</sup> CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014.

<sup>70</sup> CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, §§ 10-13.

<sup>71</sup> V. le Centre des droits de l'homme de l'Université de Gand (§§ 95-98) et l'organisation non gouvernementale *Open Society Justice Initiative* (§§ 102-105), CEDH., *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014.



religieux que comme une pratique individuelle relevant d'un choix personnel de chaque femme. Cette appréciation l'amène même à comparer le dilemme auquel la requérante est confrontée lorsqu'elle doit choisir entre renoncer à porter le voile intégral et s'exposer à des sanctions pénales au dilemme de deux homosexuels lorsqu'il s'agissait pour eux dans les années 1980 de choisir entre renoncer à leur orientation sexuelle et s'exposer à des sanctions pénales<sup>72</sup>. Si la comparaison manque peut-être à refléter la particularité du sort des femmes dont le désir de porter le voile les expose sans doute davantage dans l'espace public, elle montre combien la Cour fait relever cette pratique d'un choix personnel et intime des intéressées, et ne l'appréhende plus désormais comme le signe d'une subordination des femmes susceptible d'être combattue au moyen de son interdiction. Au fond la Cour a semblé récemment plus attentive à inclure l'expérience des femmes dans la manière de comprendre concrètement et d'interpréter juridiquement leur pratique, tout en inscrivant simultanément cette pratique dans des catégories plus abstraites et normatives quant aux rapports qu'elle présente avec la collectivité et qui justifient systématiquement leur interdiction, légitimant par là-même l'action de rendre les femmes voilées invisibles.

*B. – Une approche des femmes voilées qui admet les risques de discrimination auxquels elles sont exposées tout en acceptant les mesures étatiques qui participent à leur exclusion*

Si le port du voile est perçu comme une pratique relevant du choix des femmes, la Cour n'en admet pas pour autant que l'interdiction de porter le voile soit le signe d'une discrimination à leur égard. Pour le dire autrement, la Cour n'estime pas que les requérantes se trouvent dans une situation défavorable du fait qu'elles sont des femmes comme le prétendaient pourtant plusieurs requérantes<sup>73</sup>. Écartée de l'enseignement en raison du fait qu'elle portait un voile, Mme Dahbab estimait être la victime d'une discrimination « dans la mesure où un homme de confession musulmane pourrait enseigner à l'école publique sans encourir d'interdiction d'une quelconque nature, alors qu'une femme d'une semblable confession doit

<sup>72</sup> CEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1981, *Série A*, n° 45 ; CEDH, *Norris c. Irlande*, 26 oct. 1988, *Série A*, n° 142 ; CEDH., *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, § 57.

<sup>73</sup> CEDH, *Dahlab c. Suisse*, 15 févr. 2001, p. 15, § 2 ; CEDH, *Kose et 93 autres c. Turquie*, 24 janv. 2006, § 3 ; CEDH, *Kurtulmus c. Turquie*, arrêt du 24 janv. 2006, § 2 ; CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, § 80.

renoncer à sa pratique religieuse pour pouvoir enseigner »<sup>74</sup>. La Cour n'en a pas été convaincue en affirmant que

« l'interdiction signifiée à la requérante de ne pas revêtir, dans le seul cadre de son activité professionnelle, le foulard islamique ne vise pas son appartenance au sexe féminin, mais poursuit le but légitime du respect de la neutralité de l'enseignement primaire public. Une telle mesure pourrait également s'appliquer à un homme revêtant ostensiblement, dans les mêmes circonstances, les habits propres à une autre confession »<sup>75</sup>.

La Cour réserve aujourd'hui à cette question une appréciation plus concrète en admettant, dans l'affaire *S.A.S. c. France*, que l'interdiction « a un fort impact négatif sur la situation des femmes qui, telle la requérante, ont fait le choix de porter le voile intégral pour des raisons tenant à leurs convictions » et qu'elle « peut avoir pour effet de les isoler et d'affecter leur autonomie »<sup>76</sup>. La Cour n'y voit toujours pas pour autant le véhicule d'une discrimination, fût-elle indirecte, dès lors que cette discrimination est justifiée de manière objective et raisonnable<sup>77</sup>. Cette assertion est d'autant plus interpellante que la Cour souligne qu'« un État qui s'engage dans un processus législatif de ce type prend le risque de contribuer à la consolidation des stéréotypes qui affectent certaines catégories de personnes et d'encourager l'expression de l'intolérance alors qu'il se doit au contraire de promouvoir la tolérance »<sup>78</sup>, en se basant sur des études fournies par certaines parties intervenantes<sup>79</sup>. En légitimant les mesures restrictives adoptées par les États, dont elle admet par ailleurs qu'elles sont susceptibles d'encourager l'intolérance, la Cour adopte une position pour le moins paradoxale. Elle l'est peut-être d'autant plus que l'intolérance qu'elle mentionne – loin de constituer un produit des mesures restrictives – se situe parfois au cœur même de leur projet. Lorsque la loi belge du 1<sup>er</sup> juin 2011 visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage a été adoptée, un élu du parti d'extrême droite flamand au Parlement se réjouissait de voir une mesure que son parti avait proposée dès 2004 enfin acceptée par tous les autres partis et annonçait qu'il ne

<sup>74</sup> CEDH, *Dahlab c. Suisse*, 15 févr. 2001, p. 15, § 2.

<sup>75</sup> CEDH, *Dahlab c. Suisse*, 15 févr. 2001, p. 16 ; v. aussi CEDH, *Kurtulmus c. Turquie*, 24 janv. 2006, pp. 10-11.

<sup>76</sup> CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, § 146.

<sup>77</sup> CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, § 161.

<sup>78</sup> CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, § 149.

<sup>79</sup> V. les observations faites par le Centre des droits de l'homme de l'Université de Gand et des organisations non gouvernementales *Liberty et Open Society Justice Initiative*, CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, §§ 98, 100 et 104.

s'agissait là que d'une première étape<sup>80</sup>. Pour l'élu du parti d'extrême droite francophone, « ce débat traduit un malaise dont les causes réelles sont l'immigration non contrôlée, l'impossibilité d'intégration, l'échec de toute société multiculturelle harmonieuse et l'utopie d'un islam à la belge, pacifique et tolérant »<sup>81</sup>. Dans le contexte belge, c'est précisément cette notion du « vivre-ensemble » qui a permis de mettre tous les partis d'accord pour pénaliser la dissimulation du visage dans l'espace public grâce à une loi adoptée par 136 voix pour et 2 abstentions, parvenant à fédérer toutes les tendances politiques de gauche et de droite à un moment où le Royaume peinait par contre à mettre en place un gouvernement<sup>82</sup>. En ce qui concerne le caractère intolérant de la loi française, les juges allemande Nussberger et suédoise Jäderblom semblent l'admettre également lorsqu'elles estiment, dans leur opinion dissidente conjointe, que cette interdiction totale « pourrait être interprétée comme le signe d'un pluralisme sélectif et d'une tolérance limitée »<sup>83</sup>.

Loin de rappeler aux autorités publiques leur obligation de promouvoir la tolérance, l'approche réservée par la Cour aux femmes voilées et au risque de discriminations qu'elles encourent induit plutôt une forme de déculpabilisation qui peut s'appuyer sur une représentation des femmes voilées comme les seules responsables de leur propre exclusion. Dans l'affaire *Dogru c. France*, où une étudiante d'un collège public avait refusé de retirer son voile lors du cours d'éducation physique, et avait dès lors manqué d'y participer activement si fréquemment qu'elle avait fini par être expulsée de l'école, la Cour admet que « la sanction infligée n'est que la conséquence du refus par la requérante de se conformer aux règles applicables dans l'enceinte scolaire dont elle était parfaitement informée, et non, comme elle le soutient, en raison de ses convictions religieuses »<sup>84</sup>. Si la requérante fait état de sa proposition de porter un bonnet à la place du foulard de façon à pouvoir prendre part au cours d'éducation physique, la Cour ne s'y attarde pas, estimant que cette circonstance relève pleinement de la marge d'appréciation de l'État<sup>85</sup>. L'exclusion définitive du collège ne lui

<sup>80</sup> Intervention de Filip De Man (Vlaams Belang), Chambre des représentants, Compte rendu analytique, séance plénière, 29 avr. 2010, p. 14.

<sup>81</sup> Intervention de Patrick Cocriamont (FN), Chambre des représentants, Compte rendu analytique, séance plénière, 29 avr. 2010, p. 24.

<sup>82</sup> V. notre opinion publiée à ce sujet dans la presse, A. LAGERWALL et F. DUBUISSON, « Les dangers de la loi "anti-burqa" », *La Libre*, 12 avr. 2011.

<sup>83</sup> CEDH, *S.A.S. c. France*, opinion en partie dissidente commune des juges Nussberger et Jäderblom, § 14.

<sup>84</sup> CEDH, *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, § 73 ; V. aussi CEDH, *Aktas c. France*, 30 juin 2009, pp. 9-10.

<sup>85</sup> CEDH, *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, § 75.

apparaît pas disproportionnée dans la mesure où la requérante a eu la faculté de poursuivre sa scolarité dans un établissement d'enseignement à distance<sup>86</sup>. Cette représentation des femmes voilées est un peu différente en ce qui concerne le voile intégral, mais n'en participe pas moins à une certaine déresponsabilisation des autorités publiques quant à leur devoir de promouvoir la tolérance. Dans cette affaire la Cour admet que « la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'État défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble »<sup>87</sup>. Cette appréciation porte en creux l'idée qu'une femme souhaitant porter le voile intégral se soustrait elle-même à toute possibilité de relations interpersonnelles dans l'espace public, tendant ainsi à faire de l'attitude des femmes voilées la seule raison de leur mise à l'écart. C'est dire si la jurisprudence de la Cour ne prend pas pleinement en considération la situation des femmes en reconnaissant par exemple à celles-ci une liberté considérable en ce qui concerne leur désir de manifester leur religion, que l'État ne pourrait limiter que très marginalement et selon des procédés qui veilleraient à promouvoir le plus possible leur inclusion dans la société en tant que femmes voilées.

Si le choix de porter le voile n'est pas considéré par la Cour comme un choix qui appartient exclusivement aux femmes, on pourrait par contre imaginer que ce soit le cas au sujet de la décision d'avorter ou non qui renvoie d'autant plus à l'intime que cette décision affecte ce qui se joue au creux du corps de la femme de façon invisible pour le public, contrairement au port du voile. Ce n'est pourtant pas l'approche réservée à ce sujet par la Cour, qui accepte plutôt que la décision d'avorter ou non n'appartient pas exclusivement aux femmes concernées.

### III. L'AVORTEMENT ET LES FEMMES SOUHAITANT AVORTER DEVANT LA COUR

Il est malaisé d'imaginer une pratique qui concerne plus exclusivement les femmes que la grossesse et, partant, l'avortement. Cela pourrait ne plus être le cas à l'avenir, et les recherches au sujet de possibles grossesses masculines poursuivent leur chemin. À vrai dire quelques hommes qui étaient nés avec les organes reproducteurs féminins ont déjà accouché d'enfants<sup>88</sup>. À l'heure actuelle il semble que l'avortement concerne

<sup>86</sup> CEDH, *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, § 76.

<sup>87</sup> CEDH, *S.A.S. c. France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, § 122.

<sup>88</sup> « Un homme accouche d'un bébé », *Le Figaro*, 4 mars 2008 ; « Elle est génétiquement un homme et a accouché de jumeaux », *Temps réel*, 9 févr. 2015.

exclusivement des corps de femmes et affecte principalement la vie et la santé des femmes. La prise en considération de la position spécifique des femmes pourrait se traduire par la reconnaissance de ce que l'avortement affecte exclusivement leurs droits, et qu'une protection de leurs intérêts implique de leur garantir la possibilité de recourir à l'avortement lorsqu'elles le souhaitent selon des modalités effectives mises à leur disposition, sans qu'elles soient inquiétées en raison de leur décision. Cela supposerait qu'on interprète les situations des femmes qui souhaitent avorter alors que cela leur est interdit comme des situations qui portent atteinte à leurs droits. En outre la décision d'avorter pourrait être présentée comme une décision qui relève uniquement de la vie privée des femmes dans laquelle l'État ne saurait s'immiscer pour définir par exemple les raisons pour lesquelles les femmes peuvent ou non avoir recours à un avortement. Une telle approche de l'avortement n'aboutit pas à exclure toute ingérence de l'État, dont l'intervention peut être justifiée pour encadrer les avortements au regard de considérations liées à la santé publique. Mais elle laisserait en tout cas la décision d'avorter à l'entière discrétion des femmes. Lorsqu'on rapporte cette approche type à la jurisprudence adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de l'avortement, on mesure l'écart qui les sépare. D'après la Cour l'avortement met en concurrence les intérêts de la femme enceinte et les intérêts de l'enfant qu'elle porte. Dès lors que l'avortement ne met pas exclusivement en jeu le sort de la femme enceinte, la Cour ne peut reconnaître que l'interdiction faite aux femmes d'avorter constitue en soi une violation de leurs droits (A). En raison des questions morales et éthiques que l'avortement soulève, la Cour laisse à l'État une marge d'appréciation considérable pour en réglementer les modalités et déterminer les raisons pour lesquelles les femmes peuvent ou non avorter. Cette position a pour conséquence qu'on se focalise sur les raisons pour lesquelles les femmes souhaitent avorter et qu'on néglige les difficultés concrètes auxquelles elles sont confrontées (B).

*A. – Une approche de l'avortement qui tend à opposer les femmes à l'enfant qu'elles portent et qui empêche que son interdiction constitue en soi une violation de leurs droits*

Selon la Cour, l'avortement n'est pas en soi ni interdit ni permis par la Convention européenne des droits de l'homme. Rien dans la Convention ne s'oppose à ce que l'État permette largement aux femmes d'avorter, pas même le droit à la vie garanti à l'article 2, dont la Cour n'a pas à ce jour établi qu'il bénéficie au fœtus, tout en n'excluant pas que cela puisse être le

cas<sup>89</sup>. Mais rien dans la Convention ne consacre non plus un droit à l'avortement, comme l'a décidé la Cour en 2010 après avoir prudemment évité à plusieurs reprises de trancher la question<sup>90</sup>. Quant au sort d'une femme qui ne peut avorter alors qu'elle le souhaite, il ne constitue en soi ni un traitement inhumain et dégradant interdit par l'article 3<sup>91</sup>, ni un péril menaçant sa vie dont le respect doit être assuré en vertu de l'article 2<sup>92</sup>. Ce n'est que lorsque l'état de la femme enceinte s'accompagne de circonstances exceptionnelles que l'impossibilité pour elle d'avorter peut être assimilée à un traitement inhumain et dégradant. Dans l'affaire *R. R. c. Pologne*, la Cour estime que la situation d'une femme qui n'a pu avorter parce qu'elle n'a pu obtenir à temps, malgré ses nombreuses démarches, la confirmation du fait que son foetus était affecté par le syndrome de Turner, constitue un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention<sup>93</sup>. Ce n'est pas le cas, par contre, pour une femme qui n'a pu avorter alors que sa grossesse risquait d'aggraver sa forte myopie au point de la rendre aveugle<sup>94</sup>, une situation que la Cour a traitée sous l'angle de la protection de la vie privée plutôt que celui des traitements inhumains et dégradants. Quant à la situation des femmes qui ont été obligées de se rendre à l'étranger pour avorter, la Cour estime que leur détresse n'atteignait pas un niveau suffisant pour constituer un traitement inhumain et dégradant, pas même lorsque ce voyage était motivé par l'angoisse de retomber malade d'un cancer et de ne pouvoir bénéficier d'un traitement en cas de grossesse, ou par la crainte de ne pas pouvoir subvenir aux besoins d'un cinquième enfant alors que les quatre premiers ont été placés en raison de l'alcoolisme et de la dépression de leur mère<sup>95</sup>. En dehors de circonstances strictement comprises comme étant susceptibles de constituer un traitement inhumain et dégradant, la Cour aborde généralement le sort des femmes sous l'angle de la protection de leur

<sup>89</sup> CEDH, *Boso c. Italie*, 5 sept. 2002, en droit, § 1 ; CEDH, *V.O. c. France*, 8 juill. 2004, § 85 ; CEDH, *H. c. Norvège*, rapport de la Commission du 19 mai 1992, *Décisions et rapports* 73, p. 181 ; CEDH, *X. c. Royaume-Uni*, rapport de la Commission du 13 mai 1980, *Décisions et rapports* 19, pp. 259-262.

<sup>90</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc 2010, § 214 ; v., pour les décisions antérieures évitant de trancher cette question, CEDH, *Open Door*, 29 oct. 1992, § 66 ; CEDH, *Tysiac c. Pologne*, 20 mars 2007, § 105.

<sup>91</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc 2010, § 164.

<sup>92</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc 2010, § 159.

<sup>93</sup> CEDH, *R.R. c. Pologne*, 28 nov. 2011, § 162.

<sup>94</sup> CEDH, *Tysiac c. Pologne*, 20 mars 2007, § 66.

<sup>95</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, § 164. V. N. HERVIEU, « Droit à l'avortement (art. 2, 3, 8 et 14 CEDH) : Absence d'un droit conventionnel à l'avortement et primauté des valeurs morales nationales », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 17 déc. 2010, qui compare cette décision à celle par laquelle la Cour retient cette acception au sujet d'un détenu myope dont les lunettes ont été confisquées par les autorités pendant six mois, CEDH, *Slyusarev c. Russie*, 20 avr. 2010.

vie privée, opérant une forme de glissement tendant à reporter les situations ne rentrant pas dans une catégorie vers l'autre<sup>96</sup>. Si la Cour a établi que le respect de la vie privée protège « les décisions de devenir ou de ne pas devenir parent »<sup>97</sup>, elle ne voit pas en soi, dans la restriction ou dans l'interdiction faite aux femmes de recourir à un avortement, une violation du respect dû à leurs vies privées. Lorsque la Cour a été saisie par des femmes qui souhaitaient que l'avortement soit autorisé dans leurs pays dans des conditions pour lesquelles il ne l'était pas, se plaignant d'un régime trop restrictif, la Cour a généralement estimé que les mesures restrictives constituaient des ingérences dans leur vie privée<sup>98</sup>. Elle n'a toutefois jamais décelé une quelconque violation du respect dû à leur vie privée dès lors que ces mesures restrictives poursuivaient le but légitime de protéger la morale dont la défense du droit à la vie de l'enfant à naître peut constituer un aspect<sup>99</sup>.

La jurisprudence de la Cour est tout entière sous-tendue par l'idée que l'avortement ne peut être laissé à l'entière discrétion des femmes au nom du respect à leur vie privée<sup>100</sup>. Cette appréciation est déjà clairement exprimée en 1977 dans l'affaire *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne* dans laquelle les requérantes se plaignaient d'un durcissement des conditions auxquelles l'avortement était permis. Elle n'en était pas pour autant partagée unanimement, comme le montre cette opinion particulièrement réflexive du commissaire norvégien Opsahl, rejoint par les commissaires danois Norgaard et suédois Kellberg :

« Et nous estimons, personnellement, que les lois régissant l'avortement devraient laisser à l'intéressée la responsabilité de la décision quant à un avortement au stade précoce de la grossesse. [...] [cette solution] fondée sur l'autodétermination est la plus conforme à ce que, à cet égard, l'on devrait entendre à notre époque par droit au respect de la vie privée. Néanmoins nous devons admettre qu'un tel point de vue ne peut facilement se déduire des termes de l'article 8. Le problème n'est pas nouveau, et nous devons tenir compte des conceptions traditionnelles de l'interprétation et de

<sup>96</sup> D. ROMAN, « L'avortement devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de droit sanitaire et social*, 2007, p. 643.

<sup>97</sup> CEDH, *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avr. 2007, § 71 ; v. aussi, CEDH, *Ternovsky c. Hongrie*, 14 déc. 2010, § 22.

<sup>98</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, § 213. Cela n'était pas le cas de la Commission, CEDH *Brüggemann, et Scheuten c. Allemagne*, n° 6959/75, rapport de la Commission du 12 juill. 1977, *Décisions et rapports 10*, p. 139, § 63 ; v. l'opinion dissidente du juge Fawcett à ce sujet, *ibid.*, p. 141, § 2.

<sup>99</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, § 227 ; v., au sujet des restrictions à la diffusion d'informations relatives à l'avortement, CEDH, *Open Door*, 29 oct. 1992, § 63.

<sup>100</sup> CEDH, *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne*, n° 6959/75, rapport de la Commission du 12 juill. 1977, *Décisions et rapports 10*, p. 138, § 59, et p. 139, § 61.

l'application de cet article, nonobstant l'évolution rapide des idées sur l'avortement dans de nombreux pays. Nous n'ignorons pas que derrière ces conceptions traditionnelles se trouve en réalité le fait que l'étendue de la protection de la vie privée dépend de la vision que les hommes ont des choses, encore que les femmes puissent la partager »<sup>101</sup>.

Lorsqu'il s'agit d'avortement, la Cour admet que les droits des femmes enceintes doivent se mesurer à l'aune d'autres droits et libertés concurrents, y compris ceux des enfants à naître<sup>102</sup>. Ce sont ces représentations qui empêchent la Cour de consacrer un droit à l'avortement ou, à tout le moins, de voir dans son interdiction une violation du respect dû à la vie privée des femmes. Par contre (et peut-être paradoxalement) la Cour attache moins d'importance aux droits et libertés des pères potentiels qui, au nom du respect de leur vie privée, souhaitaient être consultés à propos de l'avortement envisagé. À ce sujet, la Cour a estimé que

« toute interprétation du droit du père potentiel au regard de l'article 8 de la Convention, lorsqu'il s'agit d'un avortement que la mère se propose de faire pratiquer sur elle, doit avant tout tenir compte des droits de la mère, puisque c'est elle qui est essentiellement concernée par la grossesse, sa poursuite ou son interruption »<sup>103</sup>.

Dans ces affaires, dès lors que les avortements étaient pratiqués conformément à la loi nationale, la Cour n'y a pas décelé de violations de la Convention<sup>104</sup>. Si la Cour a ainsi admis aussi les régimes nationaux plus libéraux qui permettent assez largement aux femmes d'avorter, elle le fait en référence au pouvoir de réglementation qu'elle reconnaît aux États dans le domaine et dont elle estime qu'il n'a pas dépassé la marge d'appréciation considérable reconnue au sujet de l'avortement<sup>105</sup>. Dans le cas des régimes libéraux comme dans le cas des régimes restrictifs le pouvoir de l'État de réguler les pratiques concernant les corps des femmes se trouve réaffirmé.

<sup>101</sup> Opinion séparée de M. T. Opsahl, à laquelle se rallient MM. C. Norgaard et L. Kellberg, CEDH *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne*, n° 6959/75, rapport de la Commission du 12 juill. 1977, *Décisions et rapports* 10, p. 143, §§ 2-3.

<sup>102</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, § 213 ; CEDH, *Tysiac c. Pologne*, 20 mars 2007, § 106 ; CEDH, *V.O. c. France*, 8 juill. 2004, §§ 76, 80 et 82 ; CEDH, *R.R. c. Pologne*, 28 nov. 2011, § 181 ; v., pour une analyse critique de cette représentation, S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Vademecum à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 2011, p. 1360.

<sup>103</sup> CEDH, *Boso c. Italie*, 5 sept. 2002, en droit, § 2 ; v. aussi CEDH, *X. c. Royaume-Uni*, rapport de la Commission du 13 mai 1980, *Décisions et rapports* 19, p. 263 ; CEDH, *H. c. Norvège*, rapport de la Commission du 19 mai 1992, *Décisions et rapports* 73, p. 175.

<sup>104</sup> CEDH, *Boso c. Italie*, 5 sept. 2002, en droit, § 2 ; v. CEDH, *X. c. Royaume-Uni*, rapport de la Commission du 13 mai 1980, *Décisions et rapports* 19, pp. 263-264 ; CEDH, *H. c. Norvège*, rapport de la Commission du 19 mai 1992, *Décisions et rapports* 73, p. 175.

<sup>105</sup> CEDH, *Boso c. Italie*, 5 sept. 2002, en droit, § 1 ; CEDH, *H. c. Norvège*, rapport de la Commission du 19 mai 1992, *Décisions et rapports* 73, p. 182.



On verra à présent que ce pouvoir est par ailleurs reconnu de manière très large, sans que les intérêts des femmes ne viennent limiter d'une quelconque manière les aspects de la question que l'État peut ou non régler.

*B. – Une approche moralisatrice des femmes souhaitant avorter qui se focalise sur leurs motivations et qui néglige leurs difficultés*

La jurisprudence de la Cour n'a jusqu'à présent jamais condamné les régimes nationaux définissant les conditions auxquelles l'avortement est permis. Cela s'explique par la marge d'appréciation considérable que la Cour reconnaît aux États à ce sujet, en raison de « l'extrême sensibilité des questions morales et éthiques soulevées par la question de l'avortement »<sup>106</sup>. Dans l'affaire *A., B. et C. c. Irlande*, cette marge ne lui paraît d'ailleurs pas devoir être restreinte même si on trouve « dans une majorité substantielle des États membres du Conseil de l'Europe une tendance en faveur de l'autorisation de l'avortement pour des motifs plus larges que ceux prévus par le droit irlandais »<sup>107</sup>. Dès lors que l'on ne trouve pas de consensus « sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie »<sup>108</sup>, la marge d'appréciation de l'État doit rester pleine et entière. Sur ce point six juges ont tenu à exprimer une opinion dissidente qui soulignait que la Cour se trompait de débat. À leur avis il ne s'agissait pas pour elle de rechercher un consensus européen au sujet du commencement de la vie, mais bien plutôt au sujet de l'équilibre que les États établissent entre le droit à la vie du fœtus, d'une part, et le droit à la vie ou le droit à l'autonomie et au développement personnels de la femme enceinte, d'autre part. Or, à ce sujet, les juges estimaient qu'

« il existe indéniablement parmi les États européens un consensus fort (...) pour estimer que, quelle que soit la réponse à donner à la question scientifique, religieuse ou philosophique des débuts de la vie, le droit à la vie de la femme enceinte et, dans la plupart des législations, sa santé et son bien-être priment le droit à la vie du fœtus »<sup>109</sup>.

Il reste que la Cour n'a pas décelé de consensus européen, et qu'à ses yeux la marge d'appréciation des États doit rester pleine et peut justifier

<sup>106</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, § 233 ; v. aussi CEDH, *Open Door*, 29 oct. 1992, § 68 ; CEDH, *H. c. Norvège*, rapport de la Commission du 19 mai 1992, *Décisions et rapports* 73, p. 182.

<sup>107</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, § 235.

<sup>108</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, § 237 ; CEDH, *R.R. c. Pologne*, 28 nov. 2011, § 186.

<sup>109</sup> Opinion en partie dissidente commune aux juges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni et Poalelungi, § 2, CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010.

qu'un État adopte des mesures extrêmement restrictives au sujet des possibilités laissées aux femmes de recourir à l'avortement et des raisons qui doivent motiver leur décision. Cela a amené la Cour, dans l'affaire *A., B. et C. c. Irlande*, à « établir une distinction entre les raisons de santé (physique ou mentale) et les autres raisons de bien-être pour décrire pourquoi les requérantes ont choisi la voie de l'avortement »<sup>110</sup>. Cette distinction la conduit à aborder la situation des deux premières requérantes de manière très différente de la troisième. La première est une femme qui est tombée enceinte par accident, persuadée que son partenaire était stérile et qui souhaite avorter du fait qu'elle a déjà quatre jeunes enfants dont le plus jeune est handicapé et les autres placés en raison des problèmes d'alcoolisme de leur mère. Si elle est parvenue à rester sobre durant l'année précédant sa cinquième grossesse et tente de récupérer la garde de ses enfants avec l'aide de travailleurs sociaux, elle estime qu'avoir un autre enfant à cette période de sa vie présente un risque pour elle de retomber dans la dépression postnatale et l'alcoolisme, compromettant ainsi sa santé et ses efforts pour réunifier sa famille. C'est la raison pour laquelle elle se rend en Angleterre à cette fin, empruntant auprès d'un prêteur à un fort taux d'intérêt la somme de 650 euros nécessaire pour financer le voyage et le traitement dans une clinique privée<sup>111</sup>. La seconde requérante est tombée enceinte par accident et estime être dans l'impossibilité de s'occuper seule d'un enfant à cette époque de sa vie. Elle s'est donc rendue en Angleterre pour y avorter, en ayant du mal à trouver l'argent pour financer son voyage et en utilisant la carte de crédit d'une amie afin de réserver son vol<sup>112</sup>. Quant à la troisième requérante, elle est tombée enceinte accidentellement et l'ignorait lorsqu'elle a passé des examens relatifs au cancer en cours de rémission, des examens qui étaient contre-indiqués en cas de grossesse. Lorsqu'elle a appris sa grossesse, elle a voulu savoir quel était l'impact que sa grossesse pourrait avoir sur sa santé et sur sa vie ainsi que les conséquences des examens pour le fœtus. Vu les incertitudes régnant à ce sujet, elle préféra recourir à un avortement en Angleterre, qui présenta certaines complications du fait de son caractère incomplet<sup>113</sup>. La Cour aborde les deux premiers cas différemment du troisième. Pour les deux premières femmes, la Cour décide d'examiner leurs requêtes sous l'angle des obligations négatives de l'État dès lors que ces requêtes s'en prenaient à l'interdiction de l'avortement en Irlande en tant que telle. Cette approche, qui consiste à vérifier que l'État n'a pas commis de violation (plutôt qu'à

<sup>110</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, § 125.

<sup>111</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, §§ 14-15.

<sup>112</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, §§ 19-20.

<sup>113</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, § 26.

vérifier si l'État a pris les mesures positives requises par la Convention), amène la Cour à conclure qu'aucune violation des droits consacrés par la Convention n'a été commise, en arguant principalement du fait que « l'interdiction litigieuse a ménagé un juste équilibre entre le droit des première et deuxième requérantes au respect de leur vie privée et les droits invoqués au nom des enfants à naître »<sup>114</sup>. Alors qu'en ce qui concerne la troisième requérante la Cour estime qu'il faut aborder sa situation sous l'angle des obligations positives de l'État et déterminer si l'État avait mis en place une procédure effective et accessible qui aurait permis à la requérante de savoir si elle avait ou non le droit de se faire avorter en Irlande<sup>115</sup>. À cet égard la Cour reconnaît que, faute d'avoir adopté des dispositions législatives ou réglementaires instituant une telle procédure, les autorités ont méconnu leur obligation d'assurer un respect effectif de la vie privée et conclut à la violation de l'article 8 de la Convention<sup>116</sup>. Il est malaisé de ne pas voir ici une forme de gradation dans les raisons pour lesquelles les femmes souhaitent avorter, dont on accepte que certaines soient plus légitimes que d'autres et justifient dans le chef des femmes concernées une protection plus accrue. Une forme de jugement moral apparaît par ailleurs au sujet de l'attitude (négligente ou diligente) que les femmes ont adoptée pour tenter d'avoir recours à l'avortement qu'elles souhaitaient. Dans l'affaire *R. R. c. Pologne*, la Cour note que « l'intéressée s'est efforcée à plusieurs reprises et avec insistance, par de multiples consultations médicales, des demandes et des plaintes écrites, d'obtenir une recommandation en vue d'un examen génétique dont les résultats auraient confirmé ou dissipé ses craintes, en vain »<sup>117</sup>, alors même que « la requérante était très vulnérable » et, « comme l'aurait été toute autre femme enceinte dans sa situation, elle était profondément troublée par l'éventualité d'une malformation de son fœtus »<sup>118</sup>. Dans l'affaire *A., B. et C. c. Pologne*, la Cour constate, par contre, que les deux premières requérantes n'avaient pas démontré qu'elles avaient manqué des informations ou des soins médicaux nécessaires en rapport avec l'interruption de leurs grossesses<sup>119</sup>. L'attention accordée à la Cour aux raisons poussant les femmes à avorter ou à l'attitude qu'elles ont adoptée contraste avec l'examen des difficultés concrètes auxquelles elles ont été confrontées. Ce contraste ressort notamment de la même affaire *A., B. et C. c. Irlande*, dans laquelle la Cour a estimé que l'interdiction quasi

<sup>114</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, § 241.

<sup>115</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, § 246.

<sup>116</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, § 267.

<sup>117</sup> CEDH, *R.R. c. Pologne*, 28 nov. 2011, § 153.

<sup>118</sup> CEDH, *R.R. c. Pologne*, 28 nov. 2011, § 159.

<sup>119</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, § 127 et 130.

absolue d'avorter constituait un moyen nécessaire pour protéger la morale, qui n'était du reste pas disproportionné dès lors que « les femmes en Irlande peuvent sans enfreindre la loi aller se faire avorter à l'étranger et obtenir à cet égard des informations et des soins médicaux adéquats en Irlande »<sup>120</sup>. Cette façon de considérer que les droits garantis par la Convention aux femmes qui souhaitent avorter ne sont pas violés par l'Irlande tant qu'ils sont protégés dans un autre État dans lequel il suffit qu'elles se rendent contraste avec son traditionnel attachement à garantir une protection effective des droits de la personne à la lumière des circonstances des cas particuliers qui sont portées à son attention<sup>121</sup>.

La liberté laissée aux États quant à la substance des règles qu'ils adoptent au sujet de l'avortement contraste par ailleurs avec l'attention que la Cour accorde aux aspects procéduraux du respect de leurs droits<sup>122</sup>. Si elles ne se voient pas reconnaître de droit à l'avortement, les femmes se voient reconnaître à tout le moins le droit d'exiger que les minces possibilités d'avorter qui leur sont offertes soient rigoureusement respectées. La Cour veille en effet à ce que les régimes nationaux – surtout lorsqu'ils offrent des possibilités limitées aux femmes d'avorter – ne soient pas vidés de leur substance en pratique. Dans l'affaire *Tysiak c. Pologne* déjà mentionnée, la requérante se plaignait du fait qu'elle avait voulu recourir à un avortement thérapeutique dans la mesure où sa grossesse risquait d'aggraver sa myopie au point de la rendre presque aveugle, mais que les médecins avaient refusé de lui délivrer le certificat nécessaire à cette fin, sans qu'elle ne puisse à aucun moment contester leurs décisions. De l'avis de la Cour, la Pologne a manqué à ses obligations positives de protéger le droit de la requérante au respect de sa vie privée en cas de désaccord portant sur le point de savoir si elle avait le droit de bénéficier d'un avortement thérapeutique<sup>123</sup>. Dans une même perspective, dans l'affaire *R.R. c. Pologne* déjà mentionnée, la requérante se plaignait du fait qu'elle n'avait pu obtenir à temps, de la part des médecins, la confirmation que le fœtus qu'elle portait risquait d'être affecté du syndrome de Turner, se trouvant ainsi amenée à

<sup>120</sup> CEDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, § 241.

<sup>121</sup> Pour une critique d'un tel raisonnement, v. L. BURGORGUE-LARSEN et É. DUBOUT, « Le port du voile à l'Université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 nov. 2005 », *RTDH*, 2006, p. 207 ; N. HERVIEU, « Apports et apories des instruments conventionnels de lutte contre la prostitution forcée », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 15 déc. 2011 ; v., pour une décision où l'attachement à garantir une protection effective des droits de la personne est réaffirmé, CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1976, § 24.

<sup>122</sup> D. ROMAN, « L'avortement devant la Cour européenne des droits de l'homme – À propos de l'arrêt CEDH, 20 mars 2007, *Tysiak c. Pologne* », *Revue de droit sanitaire et social*, 2007, p. 643.

<sup>123</sup> CEDH, *Tysiak c. Pologne*, 20 mars 2007, § 105.

mener sa grossesse à terme, accouchant finalement d'un enfant souffrant de ce syndrome. De l'avis de la Cour la Pologne a, ici aussi, manqué à ses obligations positives de protéger le droit de la requérante au respect de sa vie privée en ne lui permettant pas d'accéder à un examen génétique susceptible de l'informer de l'état de santé du fœtus qu'elle portait<sup>124</sup>. On doit ajouter que la Cour garantit par ailleurs que ces régimes restrictifs puissent être critiqués dans des affaires qui portent alors davantage sur la liberté d'expression, et sur lesquelles on ne s'attardera pas, mais dont on soulignera qu'elles laissent une impression similaire quant à l'attitude de la Cour. L'attention que la Cour réserve à la liberté d'expression permettant de critiquer les régimes restrictifs d'avortement et justifiant la divulgation d'informations relatives aux moyens d'avorter à l'étranger laisse intacte la liberté accordée aux États quant à la substance des règles restrictives qu'ils adoptent<sup>125</sup>.

## CONCLUSION

Les études féministes se sont attachées depuis longtemps à étudier les manières dont le corps des femmes est régulé par le droit aux fins de dévoiler les parti-pris sur lesquels reposent ces régulations<sup>126</sup>, non sans susciter parfois la crainte qu'un tel objet de recherche fasse la part belle au naturalisme et à l'essentialisme<sup>127</sup>. Il peut paraître dépassé de s'intéresser au corps des femmes à l'heure où certains en appellent à ce que les corps s'émancipent totalement des catégories du masculin/féminin<sup>128</sup> et invitent à

<sup>124</sup> CEDH, *R.R. c. Pologne*, 28 nov. 2011, § 214.

<sup>125</sup> CEDH, *Woman on Waves et autres c. Portugal*, 3 févr. 2009 ; CEDH, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 oct. 1992, série A, n° 246-A.

<sup>126</sup> Z. EISENSTEIN, *The Female Body and the Law*, Berkeley, University of California Press, 1988 ; C. SMART, « Law, Power, and Women's Bodies », in C. SMART, *Feminism and the Power of Law*, Routledge, 1989 ; v. plus tard, I. KARPIN, « Legislating the Female Body : Reproductive Technology and the Reconstructed Woman », *Colum. J. Gender and L.*, 1992-1993 ; J. GRIDGEMAN and S. MILLNS, *Feminist Perspectives on Law : Law's engagement with the Female Body*, Sweet and Maxwell, 1998 ; A. BOTTOMLEY, « Many appearances of the Body in Feminist Scholarship », in *Body Lore and Laws*, A. BAINHAM, S.D. SCLATER and M. RICHARDS (ed.) ; v., dans la littérature francophone, H. CHRISTIAN, *Violences sur le corps de la femme : aspects juridiques, culturels et éthiques*, Dalloz, 2012.

<sup>127</sup> E. GROSZ, « Le corps et les connaissances. Le féminisme et la crise de la raison », *Sociologie et sociétés*, vol. 24, 1992, p. 52 ; v. not. les critiques adressées par D. VOLDMAN (*Vingtème Siècle*, 1985, pp. 213-214) à l'ouvrage d'E. SHORTER, *Le corps des femmes*, Paris, Edition du Seuil, 1984 ; v. plus généralement E. VARIKAS, « Droit naturel, nature féminine et égalité des sexes », in *L'homme et la société*, 1987, pp. 98-111.

<sup>128</sup> D. BORILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Meritum – Belo Horizonte*, juill./dec. 2010, pp. 257-288 ; v. aussi

réfléchir à « la fin de la différence sexuelle »<sup>129</sup>. Si l'on estime toutefois que les comportements que les femmes adoptent au sujet de leur corps font encore l'objet d'une attention particulière qui se distingue de celle qu'on réserve au corps humain plus généralement, il reste pertinent de s'intéresser à ce que le droit en dit, pour deux raisons au moins. D'abord, les corps des femmes restent encore aujourd'hui « des champs de bataille »<sup>130</sup> sur lesquels divers groupes se confrontent notamment dans le domaine des droits relatifs à l'autonomie reproductive des femmes, dont certains débats ont fait craindre récemment qu'ils soient remis en question<sup>131</sup>, et dont les discussions qui s'engagent depuis quelques années au sujet de la réglementation de la gestation pour autrui montrent toute l'actualité<sup>132</sup>. Ensuite, la manière dont le droit s'intéresse aux corps des femmes s'avère riche d'enseignements au sujet du droit lui-même et à la manière dont il se construit à l'égard de certains objets. Les corps des femmes peuvent ainsi fonctionner comme un prisme à travers lequel on peut appréhender le droit, un prisme qui a permis d'illustrer ici combien le langage juridique se montre réticent à identifier le sexe des sujets qu'il régule et les enjeux de pouvoir qui en découlent dans certaines affaires. Cette étude montre en particulier, pour rebondir sur le titre du film de Chabrol, que la Cour européenne des droits de l'homme est loin de faire de la prostitution, du port du voile et de l'avortement des « affaires de femmes » qu'il conviendrait de traiter comme telles à l'aide de qualifications et d'interprétations juridiques informées de cette circonstance. Si Janet Halley estime que la « gouvernance féministe » parvient à imposer ses vues au sein de l'Union européenne, du monde des droits de l'homme et de la Banque mondiale<sup>133</sup>, on n'en est pas si sûr pour ce qui concerne la Cour de Strasbourg. La décision que la Cour sera amenée à rendre dans l'affaire *Khamtokhu et Rksenchik c. Russie* promet d'intéressantes réflexions à ce sujet puisqu'elle invite la Cour à juger du traitement favorable que le système de justice pénale russe accorde aux femmes au regard « de leur rôle spécial dans la société qui a traité, avant tout,

M. WITTIG, *La pensée Straight*, Paris, Balland, 2001, p. 49 ; P. PAPERMAN, « Perspectives féministes sur la justice », *L'année sociologique*, 2004/2, pp. 413-433.

<sup>129</sup> J. BUTLER, *Défaire le genre*, Paris, Éditions Amsterdam, 2006, pp. 201-231.

<sup>130</sup> L'expression est empruntée à l'artiste états-unienne Barbara Kruger, qui l'avait fait figurer dans une affiche qu'elle avait réalisée en 1989 aux fins d'appeler à une manifestation pour la liberté d'avorter qui était parvenue à réunir un demi-million de personnes dans les rues de Washington (« Your body is a battleground », 1989).

<sup>131</sup> « Espagne : Avortement : en arrière toute ! », *Courrier international*, 6 mars 2014 ; « Espagne : Loi sur l'avortement : Rajoy fait marche arrière », *Courrier international*, 23 sept. 2014.

<sup>132</sup> « Gestation pour autrui : 2000 enfants sans état civil reconnu », *Libération*, 16 déc. 2014.

<sup>133</sup> J. HALLEY, *Split Decisions. How and Why to Take a Break From Feminism*, Princeton University Press, 2005, p. 4.

à leurs fonctions reproductives »<sup>134</sup> et dont deux hommes estiment qu'il génère une discrimination dans leur chef.

La jurisprudence de la Cour qu'on a examinée se comprend globalement au regard des postulats libéraux sur lesquels repose la protection des droits de la personne telle qu'elle a été conçue au sein du Conseil de l'Europe. En concevant la protection européenne des droits de la personne à partir de l'idéal type d'un homme rationnel et libre de poser ses choix qu'il convient de prémunir contre des ingérences étatiques surtout, la Convention constitue sans doute un terrain peu propice pour y développer les droits des femmes<sup>135</sup>. Dans les affaires qu'on a étudiées, les requérantes ont en tout cas très majoritairement perdu leurs affaires. Si la Convention a été un moteur important de l'égalité entre les hommes et les femmes, on peut se demander ce que les femmes ont à y gagner dès qu'elles revendiquent autre chose que cette égalité. Cette interrogation tend à confirmer tout l'intérêt des approches féministes du droit international autant qu'à illustrer le succès relatif de leur pénétration au cœur des enceintes judiciaires. L'attention accordée à ces analyses se développe très certainement des deux côtés de l'Atlantique au sein de cercles académiques qui en assurent la visibilité et la diffusion. En 2010 l'International Law Association crée un comité consacré au féminisme et au droit international<sup>136</sup>. La même année, la Société européenne de droit international voit naître en son sein un groupe d'intérêt intitulé « Féminisme et droit international », et en 2014, pour son dixième anniversaire, la Société choisit d'interroger les rapports entre le droit international et d'autres disciplines en consacrant notamment un atelier au féminisme<sup>137</sup>. En 2011 la Société française pour le droit international consacre une journée d'étude aux femmes et au droit international<sup>138</sup>. Mais, outre qu'il s'agit là d'un succès limité au monde académique, la composition de ces cercles et leur fréquentation très majoritairement féminines donnent parfois à penser que l'intérêt pour ce genre d'analyses reste confiné à ceux et celles qui se sont

<sup>134</sup> CEDH, *Khamtokhu et Rksenchik c. Russie*, 13 mai 2014, § 24.

<sup>135</sup> S. BAER, « Citizenship in Europe and the Construction of Gender by Law in the European Charter of Fundamental Rights », in K. KNOP, *Gender and Human Rights*, New-York, Oxford University Press, 2006, pp. 103-106.

<sup>136</sup> Le comité est coordonné par Patricia Conlan, Judy Walsh, Nwanaka Okany et Christina Binder : <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1035>.

<sup>137</sup> Le groupe d'intérêt sur le féminisme et le droit international est coordonné par Loveday Hodson et Troy Lavers. L'atelier consacré en 2014 au féminisme et au droit international était coordonné par Ralph Wilde. Le programme de la Conférence de Vienne peut être consulté sur le site suivant : <https://esil2014.univie.ac.at/programme/>.

<sup>138</sup> Le programme de cette journée peut être consulté sur le site suivant : [https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/colloques/Femmes\\_et\\_DI.pdf](https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/colloques/Femmes_et_DI.pdf).

donné pour objet de s'y consacrer<sup>139</sup>. Il y a certainement des réflexions à mener au sujet des stratégies qu'il convient de développer dans le domaine du droit international pour transformer socialement et politiquement la position des femmes dans le monde<sup>140</sup>. S'il n'est pas de solution miracle, le dévoilement des rapports de force qui sous-tendent les normes juridiques et qui fonctionnent au détriment des femmes constitue certainement une condition nécessaire à cette transformation. Comme le présent ouvrage, toute initiative invitant à penser le droit international à l'aide d'outils féministes est certainement la bienvenue et porte en elle l'espoir que les lecteurs et les lectrices y trouveront de l'intérêt et – qui sait – peut-être même l'envie de se livrer à des réflexions stimulantes, voire bouleversantes, au sujet des divers domaines du droit international qui restent largement inexplorés dans une perspective féministe par la doctrine francophone.

---

<sup>139</sup> Les notes en bas de page de la présente contribution tendent également à confirmer cette situation. V. à ce sujet H. CHARLESWORTH, « Talking to Ourselves ? Feminist Scholarship in International Law », in S. KOUVO et Z. PEARSON, *Feminist Perspectives on Contemporary International Law*, Hart, 2011, pp. 17-32.

<sup>140</sup> Pour une forme de catégorisation des stratégies développées dans le domaine des droits de la personne, v. K. ENGLE, « International Human Rights and Feminisms : When Discourses Keep Meeting », in D. BUSS and A. MANJI, *International Law – Modern Feminist Approaches*, Oxford and Orland, Hart Publishing, 2005, pp. 47-66.