

DEUXIÈME THÈME

**Le droit au développement
de l'être humain
comme droit individuel**

**La juridicité problématique du droit au développement
de la personne humaine dans la jurisprudence récente
des organes de la Convention européenne
des droits de l'homme**

PAR

MICHEL LEVINET

INSTITUT DE DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME
(I.D.E.D.H., U.M.R. C.N.R.S. 5815)
UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER I

Trois années après le colloque de Tunis du mois d'octobre 1996 (1), le juriste demeure toujours circonspect vis-à-vis des potentialités relatives au « droit au développement de l'être humain comme droit individuel » que recèle la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Cette perplexité vaut particulièrement pour la résorption des situations de grande précarité même si, comme l'a reconnu avec lucidité le juge Vilhjalmsson dans son opinion dissidente dans l'affaire *Airey c/ Irlande* (9 octobre 1979), « on ne peut gagner la guerre contre la pauvreté en interprétant largement » les dispositions de la *Magna carta* du Conseil de l'Europe. S'il n'entend pas renoncer à « faire preuve d'imagination pour tirer le plus grand parti des textes » (2), l'observation attentive de la jurisprudence de la Commission (pour quelques semaines encore) et de la Cour de Strasbourg l'invite, pour le moins, à la modestie.

La recherche entreprise il y a trois années avançait le double postulat de la *juridicité du droit de disposer de conditions d'existence décente* et de la *potentialité de l'élargissement du champ d'application* des droits protégés par les instruments conventionnels internationaux énonçant les droits « civils », notamment la CEDH. L'ambition était importante puisqu'elle visait à réintroduire la dimension du développement au sein des droits individuels et de proposer une lecture actualisée du *corpus* des droits de l'homme, en particulier des droits civils et politiques, à même de surmonter « l'aporie du droit au développement » en le rendant enfin *justiciable*, c'est-à-dire en le transfor-

(1) M. LEVINET, « Recherche sur les fondements du 'droit au développement de l'être humain' à partir de l'exemple de la Convention européenne des droits de l'homme » in *Les droits fondamentaux*, AUPÉLF-UREF, Journées scientifiques de Tunis, 10-12 octobre 1996, Actes du colloque, Bruylant, 1997, pp. 43-71. V. aussi les contributions de B. GUIMDO, A.-D. OLINGA et S. PRISO-ESSAWÉ

(2) J. FIERENS, « L'article 23 de la Constitution. Une arme contre la misère ? », *Droit et Quart Monde*, n° 3, juin 1994, p. 6.

mant en un *droit individuel*. Autrement dit, quand bien même « les droits économiques et sociaux ne sont pas, en tant que tels, garantis par la Convention » (3) et s'il n'appartient pas au juge européen de consacrer « un droit qui n'y a pas été inséré au départ » (*Johnston c/ Irlande*, 18 décembre 1986, § 53, à propos du droit au divorce), il s'agissait de mettre au jour les devoirs sociaux qu'implique une protection effective des droits civils et politiques et, partant, de vérifier si la Convention européenne pouvait servir à garantir des situations matérielles décentes à des personnes vivant dans des situations de grande précarité. Sans faire l'impasse de l'absence, parmi ses dispositions, de toute consécration du droit de se nourrir, du droit de se vêtir ou de celui d'accéder à un domicile convenable, il n'était pas impensable de voir ses organes de contrôle sanctionner les défaillances des autorités publiques – carences d'ordre normatif ou d'ordre matériel (4) – susceptibles de nature à empêcher la mise en œuvre du droit au développement de la personne humaine. Considérant que la pauvreté « constitue non seulement un déni des droits économiques, sociaux et culturels mais aussi une violation des droits civils et politiques » (5) et que la satisfaction des « besoins élémentaires comme la nourriture, le vêtement et le logement est somme toute la condition de l'existence de l'être humain et de son développement », voire également « la composante indispensable d'un État démocratique fondé sur le droit » (6), il était question, à partir du concept matriciel

(3) Commission, décision du 4 février 1982, *Fay Godfrey c/ Royaume-Uni*, req. n° 8542/79, D.R., 27, p. 103.

(4) « Un obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique » (*Golder*, 21 février 1975, § 26).

(5) P.H. IMBERT, « Droits des Pauvres et Pauvre(s) Droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *R.D.P.*, 1989, p. 748. Outre qu'elle représente un facteur de destruction de la cohésion sociale, en l'empêchant de faire valoir ses droits les plus élémentaires, la pauvreté affecte la liberté de l'individu et ses autres droits et libertés fondamentaux. En dépit du caractère largement dépassé du débat sur la distinction entre « libertés formelles » et « libertés réelles », l'effectivité des droits fondamentaux reste illusoire sans la réalisation de conditions d'existence minimales dans la mesure où « l'acte libre est impossible pour ceux dont les besoins fondamentaux ne sont pas satisfaits » (J. RIVERO, « Les limites de la liberté », in *Mélanges J. Robert*, Montchrestien, 1998, p. 191) Voy., également : S. DYON-LOYE, *Les pauvres et le droit*, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 1997 ; F. TOURETTE, *Extrême pauvreté et droits de l'homme*, Thèse droit, Clermont-Ferrand, 1998. La lutte contre l'exclusion sociale afin de créer les conditions susceptibles de rendre effectifs les droits fondamentaux inspire le législateur national, comme en témoigne la loi française n° 98-657 du 29 juillet 1998 (loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *J.O.R.F.*, p. 11679) : « La lutte contre les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égalité de tous les êtres humains et une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la Nation » ; la loi tend à garantir « l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance » (art. 1).

(6) Tribunal fédéral suisse, 27 octobre 1995, *V. c. Commune X et Berne, Conseil-exécutif du canton*, A.T.F. 121, I, 367, § 2. a (*Journal des tribunaux*, 1997, n° 9, p. 281). Dans cette décision, le juge suisse reconnaît le droit à des conditions minimales d'existence en tant que droit

de dignité de la personne humaine, d'explorer les possibilités d'élargir la portée de certains droits protégés par la CEDH (droit à la vie, droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants, droit au respect de la vie privée, de la vie familiale et du domicile, droit à la non-discrimination dans l'exercice des droits et libertés reconnus par la Convention, droit au respect des biens), lorsque leur exercice se trouvait compromis par une situation de précarité (7). Pareille approche ne prétendait pas négliger le droit au développement, compris au sens habituel du terme, comme « droit universel et inaliénable qui fait partie intégrante des droits fondamentaux de la personne humaine » (Déclaration adoptée par la Conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme, Vienne, 25 juin 1993, I, § 10) et suppose « la pleine réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » (Déclaration sur le droit au développement, Ass. Gén. des N.U., rés. 41/128, 4 déc. 1986, art. 2). Elle traduisait cependant une réserve à l'égard d'un droit dont on peut se demander s'il s'agit d'un droit de la personne ou d'un droit de l'État, tant il semble correspondre à « un concept global qui correspond davantage à un objectif qu'à un droit précis à défendre » et « mobilise tous les acteurs de la société internationale, l'individu, l'État, les organisations internationales et les organisations non gouvernementales » (8). Bref, un droit qui pose la question de savoir si « la liberté *du* corps social commande la liberté *dans* le corps social », dans la mesure où la liberté du peuple « est condition, mais non certitude des droits » (9). Placée sous l'autorité des travaux de certains auteurs (10), elle se réclamait du souci de l'effectivité des droits et libertés inscrits dans le texte européen et des techniques prétoriennes mobilisées par ses organes de contrôle pour asseoir une interprétation téléologique et évolutive de la Convention (mécanisme de la « protec-

constitutionnel non écrit. La nouvelle constitution fédérale, adoptée par référendum le 18 avril 1999 et applicable à partir du 1^o janvier 2000, consacre désormais un tel droit.

(7) « Il y a atteinte à la liberté de l'individu non seulement lorsqu'il est touché dans son intégrité physique ou morale, mais aussi lorsqu'il ne peut se procurer les moyens nécessaires à une existence décente, ou lorsque les conditions matérielles indispensables à son plein épanouissement et à celui de sa famille sont refusées ». (M. OREJA, « Discours d'ouverture », in *Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste*, Actes du colloque organisé par le Conseil de l'Europe en collaboration avec l'Institut international des droits de l'homme, Strasbourg, 17-19 avril 1989, Conseil de l'Europe/Ed. Engel, 1990, p. 4).

(8) M. FLORY, « L'accès aux droits fondamentaux et le développement », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Colloque international de Port-Louis, 29 sept.-1^{er} oct. 1993, Ed. AUPELF-UREF, Montréal, 1994, p. 133.

(9) J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, P.U.F., coll. « Que sais-je? », 6^e éd., 1996, p. 45.

(10) P.H. IMBERT, *op. cit.*, pp. 739-766; F. SUDRE, « Misère et Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'I.D.E.D.H.*, n^o 3, 1994, Université de Montpellier I, pp. 113-124; J. FIERENS, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruylant, 1992.

tion par ricochet » (11), principe de l'« effet horizontal » (12), technique des « obligations positives » (13) considérée comme « un instrument vivant » qui « doit s'interpréter à lumière des conditions d'aujourd'hui » (*Marckx*, 13 juin 1979, § 58) et qui vise à « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs » (*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 24).

En 1999, le projet n'a pas changé, si ce n'est que l'investigation ne se limite plus désormais aux seules personnes vulnérables. Il consiste toujours à étudier la manière dont les organes de la Convention européenne des droits de l'homme, grâce aux mêmes techniques d'interprétation (14), affrontent les implications nouvelles de certains droits et libertés qu'elle protège – particulièrement, du droit au respect de la vie privée et familiale – et à se demander s'ils parviennent à dégager une nouvelle conception des droits en cause, susceptible de favoriser la réalisation du droit au développement de l'être humain compatible avec sa dignité. Le « développement » en question découle du principe réunissant les droits civils et les droits sociaux, le principe du respect de la personne humaine, à savoir que « tout individu a droit à sa personnalité et à son développement personnel », ce qui appelle de la part des autorités publiques les actes nécessaires pour que chacun puisse « jouir de son identité individuelle » (15). Il ne saurait, dans ces conditions, être conçu de manière restrictive : il recouvre le bien-être physique et moral de la personne, son intégrité physique – à ce titre, ont été étudiées, au sein du groupe de recherche, la protection contre les traitements inhumains et dégradants constitués par les pratiques traditionnelles relatives aux femmes et aux enfants et certaines formes de sanctions pénales (16) –, l'épanouisse-

(11) M. LEVINET, *op. cit.*, p. 57.

(12) D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la CEDH entre personnes privées*, Bruylant, 1995. Du même auteur. « 'Obligations positives' et 'effet horizontal' des dispositions de la Convention », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque de l'I.D.E.D.H. des 13 et 14 mars 1998, Bruylant, 1998, pp. 133-174.

(13) F. SUDRE, « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 363-384

(14) F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

(15) A.W. HERINGA, « Droits sociaux : le défi de l'indivisibilité et de l'interdépendance », in *Tous concernés. L'effectivité de la protection des droits de l'homme 50 ans après la Déclaration universelle*, Actes du colloque régional européen organisé par le Conseil de l'Europe (Strasbourg, 2-4 septembre 1998), Ed. du Conseil de l'Europe, 1998, p. 101.

(16) M. LEVINET et alii., *Droit au développement et intégrité physique de la personne humaine*, Actes des Journées de Yaoundé (4 et 5 mai 1998), *Cahiers de l'I.D.E.D.H.*, n° 7, 1999, Université de Montpellier I.

ment de la vie sexuelle en fonction de son identité profonde (17), le respect de la vie privée et / ou familiale et le droit au respect des biens (18).

Le bilan annoncé plus haut ne prétend certainement pas ignorer les efforts consentis au sein des organisations européennes – qu'il s'agisse du Conseil de l'Europe ou des Communautés européennes (19) – comme des organisations mondiales (20) en vue de la reconnaissance d'un droit de disposer de moyens minimaux d'existence, proclamé par l'article 25 § 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. L'action menée au sein de la doyenne des organisations européennes – le Conseil de l'Europe – peut, à cet égard, être difficilement occultée : outre l'adoption par le Comité des ministres, le 3 mai 1996, de la Charte sociale révisée (21), l'organisation s'est engagée à recommander à ses États membres de « reconnaître, dans leur législation et leur pratique, un droit à la satisfaction des besoins humains matériels élémentaires à toute personne en situation d'extrême précarité » qui « devrait être justiciable », tout individu se trouvant dans cet état « devant pouvoir l'invoquer directement devant les autorités de l'État et le cas échéant devant les tribunaux » (22). Indispensable, cette approche n'invalide cependant pas la recherche ici décrite. Sans doute, le texte de la Charte sociale révisée consacre-t-il de nouveaux droits (le droit à la dignité dans le travail, article 26; le droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, article 30; le droit au logement, article 31) mais, dépourvue

(17) La vie sexuelle fait partie intégrante de la vie privée dont le respect est garanti par l'article 8 de La CEDH (*X. et Y. c/ Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 22) dans la mesure où « les tendances et les comportements sexuels se rapportent à un aspect intime de la vie privée » (*Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, 19 février 1997, § 36).

(18) Le droit au respect de l'intégrité physique, le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit au respect des biens correspondent aux trois étapes de la recherche programmée au sein du groupe.

(19) L'Accord sur la politique sociale, annexé au Traité de Maastricht, inscrivant la « lutte contre les exclusions » parmi les objectifs de l'Union européenne (art. 1) a été intégré au Traité sur la Communauté européenne (TCE) par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, entré en vigueur le 1^o mai 1999. Le nouvel article 136 du TCE (ex. art. 117) comporte une référence expresse aux droits sociaux fondamentaux. Quant au nouvel article 13 (ex. art. 6 A), il élargit la clause de non-discrimination au « handicap » et à « l'orientation sexuelle »

(20) *Le droit à l'alimentation*, Rapport du Haut-Commissariat aux droits de l'homme, Commission des droits de l'homme (E/CN.4/1999/45, 20 janvier 1999).

(21) C. PETTITI, « La Charte sociale européenne révisée », *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 3 et s.

(22) Conseil de l'Europe, Projet de Recommandation sur le droit à la satisfaction des besoins humains matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, 25 juin 1999, CDDH (99) MISC 2 (Principes 1 et 3). Dérivant de « la dignité inhérente à tout être humain », « la satisfaction des besoins humains matériels élémentaires (à tout le moins, la nourriture, l'habillement, l'hébergement et les soins médicaux de base) » constitue « la condition d'existence de l'homme, ainsi que de son épanouissement » (Préambule, § 4). C'est à l'occasion de sa 42^e réunion (3-6 juin 1997), que le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) a décidé la mise en place d'un groupe de travail pour débattre du « droit à la garantie des besoins humains matériels élémentaires » (le GT-DH-MAT a tenu sa 1^o réunion les 10 et 11 septembre 1998).

d'effet direct dans l'ordre juridique interne des États qui en sont devenus parties et dépendant pour son application d'un mécanisme non juridictionnel, en dépit de l'amélioration apportée par le Protocole du 9 novembre 1995 (23), la garantie de leur effectivité s'avère forcément inférieure à celle assurée par le système de contrôle de la CEDH et de ses protocoles additionnels. Quant au texte en préparation sur le « droit à la satisfaction des besoins humains matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité », force est de relever, outre son caractère exhortatoire, son ambition limitée (24). Quand bien même l'avant-projet d'exposé des motifs, destiné à éclairer le contenu de la recommandation, indique qu'un tel droit « pourrait découler notamment de l'interprétation des articles 2 et 3 de la CEDH » et qu'il « n'est d'ailleurs pas exclu que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme le confirme un jour » (§ 5), cette prédiction n'est pas encore prête de se réaliser.

Qu'en est-il donc de ce bilan de la jurisprudence récente des organes européens, notamment de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ? En dépit de la pression des requêtes ainsi que de celle d'une partie de la doctrine, les potentialités présentes dans la Convention semblent n'avoir reçu de sa part qu'une attention inégale. L'observateur se trouve ici contraint de convenir des flux et des reflux d'une jurisprudence qui manifeste une incontestable réserve judiciaire. L'espoir que certains avaient placé dans la possible audace du juge suprême de la Convention européenne, afin qu'il fasse émerger de son article 8 de la Convention la dimension économique et sociale qu'il implique semble donc, pour le moment, plutôt déçu. Toutefois, l'étude des décisions pertinentes appelle davantage de nuances (25). De façon discu-

(23) F. SUDRE, « Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives », *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1996, pp. 715-725.

(24) Le texte vise le droit de recevoir des prestations en nature et non en argent; il « se limite au secours d'urgence fournis sur place à la personne en détresse » (Avant-projet d'exposé des motifs, § 9) et ne concerne pas « la satisfaction d'autres droits, nécessaires certes à une vie digne de la condition humaine, tels que le droit à un logement convenable, à la sécurité sociale, au revenu minimum ou à l'alphabétisation » (§ 12).

(25) La présente étude entend privilégier les articles 8 et 14 de la CEDH. Elle ne saurait, pour autant, oublier de signaler l'intérêt que peut représenter, pour la conventionnalisation du droit au développement de la personne humaine comme droit individuel, l'œuvre prétorienne de la Cour européenne sur d'autres dispositions, notamment sur les articles 2 et 3. Le champ d'application de l'article 2 a été étendu, grâce aux techniques des « obligations positives » (reproche adressé à l'État défendeur de ne pas avoir informé les parents de la requérante, atteinte de leucémie, ni surveillé sa santé après sa naissance alors même que son père avait été, comme militaire de carrière, exposé à des rayonnements consécutifs à des essais nucléaires, *L.C.B. c/ Royaume-Uni*, 9 juin 1998) et de « l'effet horizontal » (à propos de menaces sur la vie de l'époux de la requérante, tué par un tiers qui harcelait la famille, l'État partie à la Convention voyant peser sur lui « une obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui », *Osman c/ Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 115). Un même élargissement de la CEDH aux relations interindividuelles se voit confirmé en ce qui concerne l'article 3 (à propos

table, certaines extensions paraissent momentanément écartées – on pense, particulièrement, à propos de l'article 8, au reflux relatif de la théorie des obligations positives (26). Dans un autre domaine, celui des exigences inhérentes au droit à l'identité sexuelle, c'est-à-dire au droit de conduire la vie sexuelle de son choix en accord avec son identité profonde (27), la Commission et la Cour ont été naturellement amenées à rappeler que la Convention ne pouvait cautionner les débordements auxquels conduirait inévitablement une conception absolutiste de la vie privée et, partant, de la liberté du comportement sexuel (28), qu'il s'agisse de la revendication sadomasochiste (29),

de châtiments corporels infligés à un enfant par son beau-père. L'État devant veiller à empêcher des traitements contraires à cette disposition, « même administrés par des particuliers », *A. c/ Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, § 22) (F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P.. Gén.*, 1999, I, 105, n° 7-11).

(26) A cet égard, la présente communication se veut complémentaire de celle, écrite, de Béatrice MAURER (« La garantie des droits des personnes handicapées physiques par la Cour européenne des droits de l'homme dans le contexte de la nouvelle approche internationale du handicap »).

(27) F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, P.U.F., 3° éd., 1997, § 150bis .

(28) Afin de ne pas alourdir démesurément le volume de la présente communication, cet aspect du droit au développement de la personne humaine ne sera pas davantage analysé. Simplement, faut-il préciser qu'au nom d'un droit absolu à l'identité sexuelle qu'on s'est choisi, il ne peut être question de sommer sans cesse le droit des droits de l'homme de satisfaire des droits individuels de plus en plus étendus sans penser à leur nécessaire conciliation avec d'autres droits ainsi qu'avec les valeurs générales de la société. A l'heure où s'exprime avec de plus en plus de vigueur sinon d'arrogance la revendication d'un véritable droit de propriété de l'homme sur son corps (B. LEMENNICIER, « Le corps humain, propriété de l'État ou propriété de soi ? », *Droits*, 13, 1991, P.U.F., pp. 111-122. *Contra* : B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, 1999), il appartient certainement au juge de la CEDH de contenir un tel « accent mis sur les droits subjectifs, congruent avec 'l'absolutisation du moi' caractéristique de la post-modernité » (J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D.P.*, 1998, p. 689).

(29) L'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni* (19 février 1997) est emblématique à cet égard (J.-P. MARGUENAUD, « Sadomasochisme et droit au respect de la vie privée », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, pp. 1013-1014). Les requérants avaient été condamnés à des peines d'emprisonnement et d'amendes pour des actes sadomasochistes jugés constitutifs de coups et blessures en vertu de l'*Offences Against the Persons Act* de 1861. La Cour admet la pleine capacité de l'État de réguler les pratiques sexuelles pouvant être à l'origine de dommages corporels et écarte, à juste titre, la possibilité pour les intéressés d'invoquer leur consentement aux pratiques litigieuses. Pour ces derniers, le droit au respect de la vie privée incluait « l'expression de la personnalité sur le plan sexuel », le droit de rechercher comme ils l'entendaient leur jouissance sexuelle, autrement dit le droit de disposer de leur corps. Ils mettaient aussi en avant l'argument selon lequel les actes réprimés avaient été commis en privé entre adultes consentants. La Cour ne l'exprime pas ainsi, mais le consentement des victimes ne saurait effacer la grave remise en cause du droit au respect de la dignité de l'être humain inhérente aux comportements sadomasochistes. Le droit au respect de la dignité humaine reste un droit auquel nul ne peut renoncer et qui, justifiant les règles protégeant les individus contre eux-mêmes, conduit à faire prévaloir le principe de la dignité de la personne humaine sur celui de la liberté indivi-

de la revendication homosexuelle (30) ou de la revendication transsexuelle (31). Par contre, des avancées inattendues – et prometteuses – sont notables, en matière de prestations sociales, par exemple et, plus généralement quant au champ d'application de la clause de non-discrimination de l'article 14, dans le prolongement de l'arrêt *Gaygusuz c/ Autriche* du 16 sep-

duelle, matrice du prétendu droit de disposer librement de son corps. Dans une société désemparée parce que doutant de ses références, la norme juridique doit rester énonciatrice de valeurs et édicter des sanctions contre les atteintes illicites au corps humain afin de sauvegarder la dignité de la personne (M. LEVINET, « La légitimité de la répression par l'État des pratiques sadomasochistes », *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 733-745).

(30) Depuis longtemps (*Dudgeon c/ Royaume-Uni*, 22 octobre 1981; *Norris c/ Irlande*, 26 octobre 1988), la Convention a été interprétée comme interdisant toute législation pénale réprimant les actes homosexuels commis en privé entre adultes majeurs consentants. Mais elle ne permet toujours pas de considérer que les liens homosexuels sont constitutifs d'une vie familiale au sens de l'article 8 (E. SPIRY, « Homosexualité et droit international des droits de l'homme. Vers une nouvelle donne en Europe? », *Rev. trim. dr. h.*, 1996, pp. 45-66; C.-A. MEYER, « L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme », in D. BORILLO (dir.), *Homosexualités et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, P.U.F., 1998, pp. 153-179). Il en va de même de la jurisprudence de la C.J.C.E. (A. WEYEMBERGH, « Les droits des homosexuels devant le juge communautaire », *Journal des tribunaux. Droit européen*, 49, mai 1998, pp. 110 et s.; R. WINTEMUTE, « Libertés et droits fondamentaux des personnes gays, lesbiennes et bisexuelles en Europe », in D. BORILLO (dir.), *op. cit.*, pp. 180-204; P. LENOIR, « L'homosexualité et le juge communautaire ». Obs. s/ C.J.C.E., 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant c/ South-West Trains Ltd*, *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 407-423; H. SURREL, in F. SUDRE (dir.), « Droit communautaire des droits fondamentaux (Chronique de la jurisprudence de la C.J.C.E.) », *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 511-513).

(31) Si l'arrêt *X, Y et Z c/ Royaume-Uni*, rendu le 22 avril 1997, a permis de réaliser une extension spectaculaire de la notion de vie familiale, il a également restreint, de façon assez paradoxale, les droits parentaux des transsexuels, le transsexualisme soulevant « des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale, ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les États contractants » (§ 52) (S. EVAÏN, « Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme », *J.C.P., Gén.*, 1997-I-4071; S. GRATALOUP, « Note s/ X, Y et Z c/ Royaume-Uni », *Dalloz*, 1997, pp. 583 et s., J.-P. MARGUENAUD, « Transsexualisme et droit au respect de la vie familiale : où le lecteur éberlué apprendra avec un vif soulagement qu'une femme ne peut pas être le père de l'enfant de sa compagne », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, pp. 1011-1013; F. RIGAUX, « Les transsexuels à la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées », *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 130-144). Le juge de la CEDH demeure, par ailleurs, toujours hostile au droit à la rectification des actes d'état civil et au droit au mariage des intéressés (M. LEVINET, « La revendication transsexuelle et la Cour européenne des droits de l'homme ». Obs. s/ CourEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 646-672). Le juge communautaire (30 avril 1996, *P/S et Cornwall County Council*, Aff. C-13/94, *Rec. I-2143*) a estimé que le licenciement d'un transsexuel en raison de sa conversion sexuelle constituait une discrimination contraire au droit communautaire (F. PICOD, « Jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de première instance », *Revue des Affaires européennes*, 1996, pp. 171-174).

tembre 1996 (32), témoignant du fait que « la Convention européenne des droits de l'homme se manifeste là où on ne l'attend pas » (33). Au bout du compte, le corpus pertinent présente un visage contrasté : la jurisprudence européenne apparaît, en effet, à la fois regrettable (I) et prometteuse (II).

I. — UNE JURISPRUDENCE REGRETTABLE

La plénitude du droit au respect de la vie privée et du droit au respect de la vie familiale constitue un enjeu considérable pour le droit au développement de la personne humaine. D'abord, en raison de leur importance intrinsèque : le premier doit permettre à l'individu de sauvegarder une sphère de liberté, d'autonomie qui lui assure une « respiration », une tranquillité indispensable à son équilibre ; le second renvoie à la protection d'une entité fondatrice et préservatrice des sociétés humaines (34). Ensuite, du fait qu'il s'agit de deux droits particulièrement exposés en cette fin de siècle. Le premier subit les intrusions grandissantes de toutes les formes de contrôle social. Comme l'autre, son effectivité appelle néanmoins une intervention des autorités publiques. Étroitement liée au droit au mariage par les instruments normatifs internationaux (v., par exemple, l'article 12 de la CEDH : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit »), la vie familiale est menacée d'éclatement par l'individualisme exacerbé ou encore par la volonté du législateur, ici et là, de reconnaître certains modes de vie (35).

(32) Était contestée (voy. *infra*) une discrimination entre étrangers et nationaux en matière d'allocation d'urgence aux chômeurs en fin de droits. Voy. : F. SUDRE, « La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis d'Assemblée du Conseil d'État du 15 avril 1996 », *M^{me} Doukouré*, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, *Rev. fr. dr. adm.*, 1997, pp 966-976.

(33) F. SUDRE, « Le droit à l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité et la Convention européenne des droits de l'homme ». Note s/ *Cass. Soc.*, 14 janvier 1999, *Bozkurt c/ CPAM de Saint-Etienne*, *J.C.P., Gén.*, 1999, II, 10082, § 1.

(34) « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État » (P.I.D.C.P., art. 23 § 1) ; « La famille, en tant que cellule fondamentale de la société, a droit à une protection sociale, juridique et économique appropriée pour assurer son plein développement » (Charte sociale révisée, Partie I, art. 16). Voy. : J. COMAILLE et C. MARTIN, *Les enjeux politiques de la famille*, Bayard Éditions, 1999.

(35) V. COUSSIRAT-COUSTERE, « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Lille II, Actes des Journées d'études des 15-16 décembre 1994, L.G.D.J., 1996, pp. 45-74 ; I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Ed. Odile Jacob, 1998.

Engagé par la logique de son office dans la construction d'un droit effectif des droits de l'homme, le juge de Strasbourg parvient-il à dégager une conception de la vie privée et familiale au service du droit au développement de la personne humaine ? Le respect dû à la vie privée et / ou à la vie familiale ne saurait, en effet, se concevoir de façon statique. Il implique un dynamisme de la fonction prétorienne sans laquelle son effectivité n'a guère de sens. Le préambule de la CEDH dicte d'ailleurs une telle démarche compréhensive, son troisième considérant précisant que « l'un des moyens d'atteindre » le but du Conseil de l'Europe « est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». L'engagement de l'État contractant doit, dès lors, être apprécié à l'aune de l'évolution des sociétés européennes, en tenant compte de la nature évolutive de la question soulevée (36). Manifestement, la trajectoire dessinée par la jurisprudence européenne révèle un substantiel élargissement du champ d'application du droit protégé par l'article 8 de la Convention, tout en confirmant l'impossibilité de donner un sens précis aux notions en cause – ce qui n'a rien d'étonnant s'agissant de notions marquées d'une telle indétermination – et aux contours mêmes de la notion de « respect » qui y figure. Celle-ci, telle qu'elle est comprise dans l'article 8, n'est pas facile à préciser comme n'a pas manqué de le rappeler la Cour de Strasbourg à plusieurs reprises (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 67 ; *Rees c/ Royaume-Uni*, § 37). Pour préciser l'étendue des obligations pesant sur l'État partie à la Convention, il importe de ne pas s'en tenir à une vision étroite des engagements souscrits. Au-delà de l'obligation de s'abstenir d'ingérences arbitraires dans l'exercice des droits protégés, il voit peser sur lui des « obligations positives », des obligations de faire afin de garantir leur effectivité. De telles obligations peuvent faire produire à la CEDH des effets jusque dans les relations interindividuelles (*X. et Y. c/ Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 33 ; *Botta c/ Italie*, 24 février 1998, § 33), l'abstention des autorités étatiques pouvant favoriser l'immixion d'un tiers dans l'exercice du droit protégé. Cette technique prétorienne, à l'origine d'une extension de l'ordre conventionnel, conduit à vérifier que l'État défendeur a bien adopté « des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu » (*Lopez-Ostra c/ Espagne*, 9 décembre 1994, § 51). Sans prétendre y voir le fondement d'un devoir général de combattre les situations d'injustice ou simplement difficiles, la théorie des obligations positives implique que l'État arrête les mesures appropriées dans le but de concrétiser les droits de l'homme, notamment des mesures de caractère économique et social. Surtout si l'on songe au fameux *dictum* de l'arrêt *James et autres c/ Royaume-Uni* : « Éliminer ce que l'on ressent comme des injustices sociales figure parmi les tâches d'un législateur démocratique » (21 février 1986, § 47).

(36) M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Ed. du Seuil, 1994, pp. 73 et s.

Dans quelles hypothèses la vie privée et / ou la vie familiale sont-elles en cause ? L'interrogation n'est pas sans intérêt pour la problématique qui inspire la présente recherche. La question de savoir si telle ou telle situation, mettant en cause le développement de la personne humaine, relève de la vie privée et / ou de la vie familiale permet de fixer le seuil de déclenchement de la protection de l'article 8 et, ainsi, de placer le contentieux relatif aux situations concernées sous la sauvegarde du contrôle européen. Mais elle n'est pas facile à résoudre, ne serait-ce qu'en raison de la nature de « droit-gigogne », de « droit fourre-tout » (37) du droit étudié. Dans la détermination de l'applicabilité de l'article 8, il importe de tenir compte des inévitables interférences qui affectent les notions présentes dans cette disposition de la Convention : par exemple, la mise en cause de la jouissance du domicile peut nuire à la vie privée et à la vie familiale (*Powell et Rayner c/ Royaume-Uni*, 21 février 1990 (38); *Lopez-Ostra c/ Espagne*, 9 décembre 1994; *Velosa Barreto c/ Portugal*, 21 novembre 1995; *Guerra et autres c/ Italie*, 19 février 1998). Les frontières de la « vie privée » sont forcément mouvantes (39) : la Cour l'admet volontiers en concluant à l'impossibilité et à l'inutilité d'une définition « exhaustive » (*Niemetz c/ Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29) d'une notion aussi « large » (*Raninen c/ Finlande*, 16 décembre 1997, § 63). La notion de « vie privée » recouvre, en effet, non seulement le droit au secret de la vie privée (le droit de vivre à l'abri des regards étrangers) mais englobe également le droit « d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité » (Commission, décision du 18 mai 1976, *X. c. Islande*) (40) et, plus généralement, le « droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables » (*Niemetz c/ Allemagne*, préc., § 29). En réalité, son appréhension suppose de faire émerger deux conceptions de la vie privée : l'une, traditionnelle, qui vise la sauvegarde d'une sphère intime de toute intervention et l'autre, moderne, qui concerne le développement de l'identité personnelle dans la société. Deux visions pleinement intelligibles qu'à la lumière des deux grandes étapes – « complémentaires l'une de l'autre, la seconde constituant un approfondissement de la première » – qu'aurait connu l'évolution du concept : « celle de la garantie de la vie privée comme garantie de la confidentialité de certaines informations ou comme la préservation, autour de l'individu, d'une sphère intime dans laquelle il serait interdit de pénétrer »

(37) F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P., Gén.*, 1999, I, 105, n° 39.

(38) Dans cette affaire, relative à des nuisances sonores dues à l'exploitation d'un aéroport, la Cour vise « la qualité de la vie privée et les agréments du foyer » (§ 40).

(39) H. MOCK, « Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (article 8 CDEH), à l'aube du XXI^e siècle. Aperçu de la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 1998, pp. 237-246.

(40) Req. n° 6825/74, *D.R.*, 5, p. 88.

(droit de préserver le secret, droit de ne pas divulguer certaines informations...) : celle, « en train de s'accomplir aujourd'hui », réalisant le « droit de chacun à rechercher, dans ses relations avec autrui, les conditions de son plein et libre épanouissement ». A une vision plutôt étriquée s'ajouterait une vision élargie concrétisant toutes les implications du droit au développement de la personnalité, voire du « droit au bonheur » (41). L'arrêt controversé (42) *Botta c/ Italie*, rendu le 24 février 1998, démontre clairement que le juge européen n'hésite pas à consacrer cette conception élargie qui intègre la dimension communautaire, sociale de la vie privée. A côté de l'existence d'une « vie privée personnelle », il reconnaît celle d'une « vie privée sociale » (43) : « La sphère de la vie privée, telle que la Cour la conçoit, couvre l'intégrité physique et morale d'une personne ; la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables » (§ 32).

Ces deux aspects complémentaires de la vie privée intéressent naturellement le droit au développement de la personne humaine, en particulier lorsque, du fait de la situation difficile dans laquelle il se trouve, un individu se trouve dans l'impossibilité d'établir des rapports avec les autres. Mais le juge de Strasbourg ne manifeste pas toujours l'ambition qu'on pourrait attendre de lui, soucieux qu'il est de ne pas alourdir les contraintes pesant sur les États contractants au nom d'un hypothétique droit général à l'épanouissement de l'individu. C'est la raison pour laquelle il place la barre très haut pour se décider à condamner leur inaction lorsque se trouve en jeu la « vie privée sociale » : eu égard à la substantielle marge d'appréciation (44) qu'il convient de leur concéder et au « juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu », il fait dépendre l'existence de telles obligations de « la présence d'un lien direct et immédiat entre, d'une part, les mesures demandées par un requérant et, d'autre part, la vie privée et /

(41) O. DE SCHUTTER, « Fonction de juger et nouveaux aspects de la vie privée : la notion de 'pleine reconnaissance' », in D. BORILLO (dir.), *op. cit.*, pp. 64 et s. Le Professeur J.-P. MARGUENAUD l'écrit excellemment : « ce n'est pas seulement le droit de rester chez soi pour exclure les autres, c'est aussi le droit de sortir de chez soi pour aller vers les autres » (*La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 1996, p. 66)

(42) B. MAURER, « De quelques questions posées par les handicapées physiques à la Convention européenne des droits de l'homme. Obs. s/ l'arrêt *Botta c. Italie* (24 février 1998) », *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 600-618.

(43) J.-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, p. 64.

(44) Sur cette notion, voy. : P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque de l'I.D.E.D.H. des 13 et 14 mars 1998, Bruylant, 1998, pp. 63-89.

ou familiale de celui-ci » (*Botta*, § 34) (45). A l'opposé, il se montre plus enclin à consacrer les implications de la « vie privée et familiale environnementale ». Trois affaires italiennes, l'affaire *Botta* (24 février 1998), l'affaire *Marzari* (décision d'irrecevabilité, à l'unanimité, pour défaut manifeste de fondement, de la « nouvelle » Cour, le 4 mai 1999) et l'affaire *Guerra et autres* (19 février 1998), l'illustrent éloquemment.

Sans vouloir empiéter sur d'autres développements (46), il est nécessaire de s'arrêter quelque peu sur le raisonnement suivi par le juge européen dans l'affaire *Botta*, qui semble traduire de sa part, après les avancées des arrêts *Niemetz* (préc.) et *Lopez-Ostra* (préc.), une « attitude de repli » consommant un véritable « étiolement de la 'vie privée sociale' » (47). Se déplaçant en fauteuil roulant, le requérant se plaignait de la non-adoption par l'État défendeur de mesures de nature à pallier l'absence d'équipements de la part d'établissements de bains privés afin de permettre aux personnes handicapées de pouvoir accéder à la plage et à la mer. Au mépris de dispositions législatives explicites, dont le respect était placé sous la garantie des autorités publique, les établissements en cause, placés sous le régime de la concession, n'avaient pas fait procéder à l'aménagement de voies d'accès appropriées pas plus qu'à la mise en place d'installations sanitaires adaptées (local hygiénique, cabine de bain aménagée). L'intéressé prétendait ne pouvoir, de ce fait, jouir d'une vie relationnelle normale qui lui permette de participer à la vie de la collectivité et d'exercer des droits essentiels, comme les droits de la personnalité. La Cour était donc appelée à trancher la question de savoir si le droit invoqué par le requérant entrait dans le cadre de la notion de « respect » de la « vie privée », inscrit à l'article 8 de la Convention. Alors qu'habituellement, la théorie des obligations positives sert de fondement à une extension du champ d'application matériel de l'article 8, elle lui donne ici la possibilité de se prononcer en faveur son inapplicabilité. Le rapport de la Commission laissait déjà présager une telle conclusion. Ayant trait à la participation des handicapés aux activités récréationnelles et de loisirs sur les plages, l'affaire lui paraissait concerner « des droits de nature sociale » excédant le « concept d'obligation juridique... inhérent à la notion

(45) Par exemple, l'État dont le droit interne ne prévoyait pas un mécanisme d'aide judiciaire pour les procédures de séparation de corps enfreint l'article 8 de la Convention dans la mesure où une telle lacune génère un déni d'accès au tribunal compétent qui touche directement la vie privée et familiale du requérant (*Airey c/ Irlande*, 9 octobre 1979)

(46) V. la communication écrite de B. MAURER (préc.).

(47) F. SUDRE, « Les aléas de la notion de 'vie privée' dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, pp. 701-703.

de 'respect' de la 'vie privée' visée au paragraphe 1 de l'article 8 » (48) et appelant « des mécanismes de protection plus souples, notamment du genre de celui mis en place par la Charte sociale européenne ». Le Gouvernement partageait un point de vue voisin : « Une interprétation large dudit article incluant dans les obligations positives pesant sur les États celle d'assurer le développement satisfaisant des activités récréatives des personnes reviendrait à dénaturer le sens de la disposition en cause au point de la rendre méconnaissable aux yeux de ceux qui en furent les auteurs ». Et d'ajouter qu'une telle approche « risquerait de transformer les organes de la Convention en arbitre de la politique sociale des États parties à la Convention, rôle qui ne s'inscrirait ni dans l'objet ni dans le but de cet instrument », § 29). De manière lapidaire, la démonstration de la Cour va dans le même sens : « en l'espèce, le droit revendiqué par M. Botta, à savoir celui de pouvoir accéder à la plage et à la mer loin de sa demeure habituelle pendant ses vacances, concerne des relations interpersonnelles d'un contenu si ample et indéterminé qu'aucun lien direct entre les mesures exigées de l'État pour remédier aux omissions des établissements de bains privés et la vie privée de l'intéressé, n'est envisageable » (§ 35). Peu étayé, voire « spécieux » (49), ce raisonnement n'emporte guère la conviction du commentateur. Certes, la crainte de créer un précédent, s'agissant d'un droit explicitement reconnu dans la Charte sociale européenne révisée (50), peut expliquer la réticence d'un juge qui entend éviter « le risque... que le mécanisme de contrôle de la CEDH soit substitué à celui de la Charte sociale européenne » (51). Néanmoins, elle ne justifie pas une analyse qui oublie que « la spécificité du handicap physique est d'isoler d'autrui en raison d'un manque d'autono-

(48) « Dans ce contexte, le respect des obligations mises à la charge des États et prévues par des dispositions législatives ou réglementaires internes ou internationales dépendrait d'un ensemble de facteurs, notamment de nature financière. Les États jouissant d'une large marge d'appréciation quant aux différentes modalités d'application des obligations prévues par les lois pertinentes, le droit invoqué par le requérant sortirait du cadre de l'article 8 ». (Rapport du 15 octobre 1996, passage reproduit au § 28 de l'arrêt).

(49) F. SUDRE, *op. cit.*, p. 703. Pour l'auteur, l'emploi d'un terme aussi fort pour qualifier le raisonnement de la Cour se justifie dans la mesure où ce dernier « semble signifier que le principal tort de M. Botta est de ne pas habiter à proximité de la mer ».

(50) Le nouveau paragraphe 3 de l'article 15 de la Charte sociale révisée demande aux États de « favoriser leur pleine intégration et participation à la vie sociale, notamment par des mesures, y compris des aides techniques, visant à surmonter des obstacles à la communication et à la mobilité et à leur permettre d'accéder aux transports, au logement, aux activités culturelles et aux loisirs ».

(51) F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme », in Actes du XI^e Congrès de l'Union des avocats européens, Palma de Majorque (29-31 mai 1997), Bruylant, 1999, p. 120.

mie » (52). La requête posait moins un problème de discrimination positive que « d'exercice effectif des droits reconnus », notamment de « la garantie de la participation à la vie sociale ». L'intéressé revendiquait moins une extension du domaine du droit au respect de la vie privée que « l'effectivité de sa garantie » (53).

La position du juge européen dans l'affaire *Marzari* (4 mai 1999, *Natale MARZARI v/ Italy*, req. n° 36448/97) est également révélatrice de cette réserve judiciaire. Italien né en 1944 et résidant à Trente, Natale Marzari, invalide à 100 %, souffrait depuis 1965 d'une myopathie particulièrement handicapante (sévère myalgie, épuisement physique, difficultés de respiration et perte de la parole, utilisation fréquente d'un fauteuil roulant). L'immeuble dans lequel se trouvait l'appartement en location, aménagé à ses frais pour tenir compte de sa pathologie, où il vivait depuis 1973 (le « 1° appartement »), avait été exproprié en 1988 par l'Institut de l'Habitat de Trente (I.T.E.A.) en vue d'une rénovation. Trois ans plus tard, il avait conclu un contrat de location avec cet organisme et accepté d'entrer dans un nouvel appartement (le « 2° appartement »), situé dans la même rue, tout en protestant contre son caractère inapproprié. Après l'adoption d'une loi régionale (loi n° 21/1992 de la province de Trento) prévoyant l'obligation pour l'I.T.E.A. de fournir aux invalides à 100 % un logement correspondant à leurs besoins spécifiques, le requérant devait cesser de payer son loyer dans l'attente de l'exécution de travaux dans ce sens. Menacé, à partir de 1993, d'une éviction confirmée par voie judiciaire mais régulièrement reportée notamment en raison de son état de santé, il devait être finalement expulsé en 1998. Décidé à défendre ses droits de façon spectaculaire (en 1994, il n'avait pas hésité à occuper le hall de son immeuble et à verser pas moins de 400 litres de pétrole autour du bâtiment), il devait s'installer avec son camping-car sur la principale place de la ville avant d'être hospitalisé à la suite d'une grève de la faim. En coopération avec la municipalité, une commission médicale spécialisée fondée par la Province, la Commission des maladies métaboliques, chargée de trouver un logement adéquat parmi ceux possédés par l'I.T.E.A., devait lui permettre de se voir attribuer un nouveau domicile (le « 3° appartement »). Demeuré à l'hôpital après son refus de l'intégrer, le requérant devait être finalement évacué de ce dernier par la police au mois de mars 1999. Devant la Cour, outre l'expulsion du « 2° apparte-

(52) B. MAURER, « De quelques questions posées par les handicapées physiques à la Convention européenne des droits de l'homme. Obs. s/ l'arrêt *Botta c Italie* (24 février 1998) », *Rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 614. L'article 1 a) de la loi-cadre italienne n° 104 du 5 février 1992 relative aux droits de la personne handicapée indiquait que « La République garantit le plein respect de la dignité humaine, le droit à la liberté et l'autonomie de la personne handicapée » et précisait que la loi visait à promouvoir au maximum la pleine intégration de la personne dans la société afin d'empêcher la marginalisation et l'exclusion sociale.

(53) B. MAURER, *op. cit.*, pp. 615-616. Maurizio Botta développe le même argument (§ 30 de l'arrêt).

ment » en 1998, il critiquait les autorités locales pour avoir manqué à leur obligation de lui fournir un logement adapté à son état. Confronté à une situation aussi douloureuse, le juge européen reconnaît d'abord l'existence d'une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée de l'intéressé quand bien même l'article 8 n'oblige pas les autorités publiques à résoudre les problèmes de logement d'un individu (54). L'éviction du « 2° appartement » n'avait pas enfreint la Convention dans la mesure où, prévue par la loi et poursuivant le but légitime de la protection des droits d'autrui. Elle ne s'était produite qu'à l'issue d'une période d'attente de cinq années au cours de laquelle le requérant n'avait fait preuve d'aucune coopération à l'égard des possibilités de transaction présentées, en particulier, à propos de divers plans d'échelonnement des dettes. Quant au second reproche, la décision réitère les termes de l'arrêt *Botta* (préc., § 34) en rappelant que l'existence de contraintes pesant sur l'État dépend de la preuve d'un lien certain (« direct and immediate link ») entre les mesures réclamées et la vie privée du plaignant. Elle manifeste pourtant un peu plus d'audace que dans cette affaire puisqu'elle examine ici l'attitude des autorités compétentes face à ses demandes et estime qu'elles se sont pleinement acquittées de leurs obligations positives en la matière, notamment en créant une structure médicale (la Commission des maladies métaboliques) à même de proposer des solutions aux difficultés d'habitation du type de celles rencontrées par le requérant et en s'engageant à faire exécuter les travaux qu'elle pouvait recommander. Sans doute, l'intéressé jugeait-il, qu'en dépit de toutes ses insuffisances (55), le « 2° appartement » paraissait plus acceptable. Scellé depuis son départ, il n'était toujours pas reloué. Quant au « 3° appartement », il était, présentement, fort éloigné des prescriptions de la Commission des maladies métaboliques. Mais la mission du juge de Strasbourg n'est pas de contrôler les décisions prises dans ce domaine par les autorités locales sur le fondement d'évaluations émanant d'un tel organisme, l'article 8 de la Convention ne permettant pas, par ailleurs, de fonder un quelconque droit de l'individu de se voir attribuer un appartement déterminé (« no positive obligation for the local authorities can be inferred from Article 8 to provide the applicant with a specific apartment »).

Pour décevante qu'elle paraisse, une telle conclusion ne saurait surprendre. Aucune disposition de la CEDH ne garantit, en effet, le droit au

(54) « Although Article 8 does not guarantee the right to have one's housing problem solved by the authorities, a refusal of the authorities to provide assistance in this respect to an individual suffering from a severe disease might in certain circumstances raise an issue under Article 8 of the Convention because of the impact of such refusal on the private life of the individual ».

(55) Dans son rapport du mois de septembre 1997, l'Organisme provincial des services sanitaires avait établi la non-conformité de l'appartement aux exigences légales : W.C. inadaptés à une personne handicapée, baignoire inadéquate à l'hydrothérapie, fenêtres dépourvues de triple vitrage, absence de séparation entre l'appartement et le grenier, toit non isolé.

logement. Le droit au respect du domicile (art. 8) implique *a priori* la possession d'un domicile et ne paraît pas concerner le droit de se voir attribuer un logement décent. Mais, inhérent à la sécurité et au bien-être de l'individu et de ses enfants (*Gillow c/ Royaume-Uni*, 2 novembre 1986, § 55; *Buckley c/ Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, § 76), le domicile ne représente-t-il pas un élément conditionnant l'épanouissement de la personne alors même que « les sociétés modernes considèrent le logement comme un besoin primordial dont on ne saurait entièrement abandonner la satisfaction aux forces du marché » (*James et autres c/ Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 47) (56) et que, « prolongement du droit à l'égalité dignité, le droit au logement devrait relever du noyau dur des droits à protection absolue » (57)? La Cour de Strasbourg a maintes fois rappelé l'importance du droit au respect du domicile dans le système de la Convention (58). Sa jurisprudence relative au droit de propriété, placé sous la sauvegarde de l'article 1 du Protocole n° 1, soucieuse de la protection des intérêts des locataires (*Mellacher et autres c/ Autriche*, 19 décembre 1989, § 55; *Velosa Barreto c/ Portugal*, 21 novembre 1995, § 25; *Spadea et Scalabrino c/ Italie*, 28 septembre 1995, §§ 29 et 36; *Scollo c/ Italie*, 28 septembre 1995, §§ 28, 30 et 35), a même pu conduire à se demander si elle n'entend pas « plus protéger le droit au logement que le droit de propriété » (59). De même, a-t-elle indiqué que caractères du domicile pouvaient avoir des incidences sur la vie privée et / ou familiale d'un individu, par exemple, lorsque le domicile est affecté par les nuisances sonores d'un aéro-

(56) Et d'ajouter, que la marge d'appréciation des États « va assez loin pour englober une législation destinée à assurer en la matière plus de justice sociale, même quand pareille législation s'imisce dans les relations contractuelles entre particuliers et ne confère aucun avantage direct à l'État ni à la collectivité dans son ensemble ».

(57) M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*. Le Seuil, 1998, p. 54.

(58) Le juge judiciaire suprême français l'a également mis en valeur. Ainsi, en jugeant que « les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent, en vertu de l'article 8-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches » (en l'occurrence, le père des deux derniers enfants de la requérante et sa sœur) (*Cass. civ. 3^e, Mel Yedei*, 5 mars 1996. *J.C.P., Gén.*, 1997, II, 22764, note NGUYEN VAN TUONG; J.-P. MARGUENAUD, « De la protection européenne des locataires hospitaliers contre la rigueur des clauses d'habitation personnelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, pp. 1024-1025), la Cour de cassation « s'est-elle donnée les moyens de porter la Convention européenne au cœur de toutes les relations de droit privé » (J.-P. MARGUENAUD, « Le juge judiciaire et l'interprétation européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 249) De même, la Haute juridiction judiciaire a précisé que « Le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit » et qu'« une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché » (*Cass. Soc.*, 12 janvier 1999, *Spileers c/ SARL Omni Pac, Liaisons sociales*, 25 janvier 1999, n° 615).

(59) F. SUDRE, « La 'perméabilité' de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », in *Mélanges Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 473 Voy. aussi : J.-P. MARGUENAUD, « De la protection européenne des bailleurs nécessaires contre les locataires entêtés », *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, pp. 1021-1023).

port (*Powell et Rayner c/ Royaume-Uni*, préc. (60) ou par des émanations nauséabondes provenant d'une station d'épuration défectueuse de résidus de tannerie (*Lopez Ostra c/ Espagne*, préc.) (61). Mais l'ensemble de cette jurisprudence comporte des limites évidentes. Les dernières décisions évoquées ne doivent pas être surévaluées dans la mesure où il s'agissait, sous réserve que les nuisances en cause atteignent un degré suffisant de gravité, moins de consacrer le droit à un logement décent pour des personnes en situation d'exclusion que de reconnaître que la jouissance effective du logement nécessite un minimum de calme et un environnement non pollué. A d'autres reprises, les organes de la Convention ont eu l'occasion de restreindre les potentialités de l'article 8 à cet égard. Ainsi, dans sa malheureuse décision d'irrecevabilité *Van Volsem c/ Belgique* (9 mai 1990) (62), la Commission indique-t-elle que ce dernier « n'oblige pas l'État à intervenir positivement pour rétablir des conditions de vie familiale dégradées ». A ses yeux, à supposer les faits litigieux véritablement imputables à la Belgique, l'article 8 « n'oblige pas l'État à fournir de l'énergie gratuitement ou à supprimer l'obligation de paiement de dettes relatives à la fourniture d'énergie ». Dans l'affaire *Velosa Barreto c/ Portugal* (préc.) (63), la Cour montre les limites du droit d'utiliser une maison à des fins familiales. L'intéressé arguait qu'un minimum d'espace vital était indispensable à l'intimité de sa vie privée et familiale voire à l'extension de sa famille. Il estimait que l'article 8 de la CEDH impliquait que soit reconnu à chaque famille un foyer exclusif, moyen nécessaire à l'épanouissement de sa vie privée et familiale. Pour le juge européen, « le respect effectif de la vie privée et familiale ne peut impliquer l'existence en droit national d'une protection juridique permettant à chaque famille d'avoir un foyer exclusif » (§ 24). L'arrêt *Buckley c/ Royaume-*

(60) L'État devait prendre les mesures propres à rendre acceptables les nuisances sonores provoquées par les avions afin de protéger les personnes vivant à proximité de l'aéroport en question (§§ 17-24 et 33). Dans son rapport, la Commission donne comme exemple l'octroi d'une subvention pour isolation phonique.

(61) « Des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale, sans pour autant mettre en grave danger la santé de l'intéressé » (§ 51). Voy. J.-P. MARGUENAUD, « Les troubles de voisinage combattus par le droit au respect du domicile et de la vie privée », *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, pp. 507-508.

(62) *R.U.D.H.*, 1990, pp. 384-385 et note F. SUDRE, « La première décision 'quart-monde' de la Commission européenne des droits de l'homme : une 'bavure' dans une jurisprudence dynamique | *Affaire Van Volsem* » (pp. 349-353) Une réticence similaire avait déjà été manifestée par elle dans sa décision du 30 mai 1974, *X c/ Autriche* (req. n° 5416/72, *Rec.*, 46, p. 88).

(63) Marié et père d'un enfant, le requérant ne pouvait récupérer pour s'y loger une maison dont il avait hérité. Se heurtant au refus du juge d'ordonner le départ des locataires qui l'occupaient, il se voyait obligé de vivre avec ses beaux-parents dans une maison exiguë (voy. M. LEVINET in : F. SUDRE (dir.), « Chronique de la jurisprudence de la Cour EDH en 1995 », *R.U.D.H.*, 1996, pp. 18-19).

Uni (préc.) (64), relatif à l'impossibilité pour une tsigane d'obtenir un permis d'aménagement foncier afin de vivre dans une caravane sur un terrain lui appartenant (65), concède aux États une marge d'appréciation « étendue » en matière d'aménagement foncier dans la mesure où, devant prendre en considération « une multitude de facteurs locaux » et, « en prise directe et permanente avec les forces vitales de leur pays », ils sont bien mieux placés que le juge international qui ne doit pas « substituer son propre point de vue sur ce que pourrait être la meilleure politique » dans ce domaine (§ 75). La Cour admet que certains éléments « tendent à montrer que l'hébergement disponible à cet endroit n'était pas aussi satisfaisant que le lieu où elle a élu domicile en infraction à la loi ». Elle reconnaît « la situation difficile » dans laquelle se trouve l'intéressée (§ 84). Mais, elle s'arrête là, jugeant que « l'article 8 ne va pas nécessairement jusqu'à permettre aux préférences individuelles en matière de résidence de l'emporter sur l'intérêt général » (§ 81). La requérante estimait que le refus opposé à sa demande l'empêchait de vivre avec sa famille sur son propre terrain en suivant le mode traditionnel de vie de sa communauté et portait atteinte au droit au respect de sa vie privée, de sa vie familiale et de son domicile. Tenant compte de « l'origine tsigane » de l'intéressée, la Commission avait pris en considération « l'argument de l'intéressée selon lequel la vie en caravane est un élément intrinsèque (M^{me} Buckley avait connu la vie itinérante jusqu'à la naissance de son troisième enfant et toujours vécu en caravane), auquel elle tient profondément, de son mode de vie tsigane » et, partant, que le litige concernait également sa vie privée et sa vie familiale (rapport préc., § 64). La Cour est d'un avis opposé et s'en tient au terrain du droit au respect du domicile (§ 55), éliminant la possibilité qui lui était donnée de consacrer de façon solennelle le mode de vie traditionnel des membres d'une minorité particulièrement exposée en tant qu'élément constitutif de la vie privée et de la vie familiale (66). Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie (fond)* (18 décembre 1996) (67),

(64) O. DE SCHUTTER, « Le droit du mode de vie tsigane devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 261-270.

(65) La position des autorités publiques se fondait sur des motifs de sécurité routière ainsi que sur la sauvegarde du caractère rural de la zone et l'existence de capacités d'accueil suffisantes des tsiganes ailleurs (rapport de la Commission du 11 janvier 1995, § 63).

(66) La jurisprudence des organes de la CEDH relative à la spécificité minoritaire n'est pourtant pas entièrement négative. Voy. Commission, décision du 3 octobre 1983, *G. et E. c/ Norvège*, req. n° 9278/81 et 9415/81, *D.R.*, 35, p. 30; Commission, décision du 4 mars 1998, *Halvar c/ Suède*, req. n° 34776/97 (non publiée); Cour, arrêt du 10 juillet 1998, *Sidiropoulos et autres c/ Grèce*; Cour, arrêt du 28 octobre 1998, *Assenov et autres c/ Bulgarie*.

(67) La requérante, ressortissante chypriote, ayant grandi dans la ville de Kyrenia, au nord de l'île, puis déménagé dans la capitale Nicosie à la suite de son mariage, se voyait privée de l'accès à des parcelles lui appartenant situées dans la partie septentrionale de Chypre, parcelles sur lesquelles avaient été entrepris, avant l'invasion par les forces turques en 1974 à l'origine du pseudo-État de la République Turque du Nord de Chypre, des travaux en vue de la construction d'appartements dont l'un devait lui servir de domicile. Elle arguait du fait que

la Cour, unanime, écarte toute ingérence dans l'exercice du droit au respect du domicile de la requérante. A ses yeux, « ce serait forcer la notion de 'domicile' figurant à l'article 8 que de l'étendre de manière à inclure un bien-fonds sur lequel on envisage d'édifier une maison à des fins d'habitation ». Et d'ajouter que le terme de domicile « ne peut pas davantage s'interpréter comme couvrant la région d'un État où l'on a grandi et où la famille a ses racines mais où l'on ne vit plus » (§ 66).

La « vie privée et familiale environnementale » reçoit, par contre, davantage d'attention de la part du juge de Strasbourg, comme l'arrêt *Guerra et autres c/ Italie* (préc.) (68) permet de le vérifier. D'une façon générale, le fameux droit à un environnement sain, « droit de troisième génération » par excellence, « est désormais inscrit, indirectement dans le champ des droits individuels protégés par la Convention » (69). Le juge européen exige des États parties à la Convention qu'ils accomplissent les actes de nature à garantir la jouissance d'un domicile sain afin de sauvegarder l'effectivité de la vie privée et familiale. Dans l'affaire *Lopez-Ostra* (préc.), par exemple, à propos des effets néfastes de la pollution causée par l'activité d'une station d'épuration sise à proximité du domicile de la requérante, il estime que l'État défendeur n'a pas su ménager un juste équilibre entre l'intérêt du bien-être économique de la ville de Lorca – celui de disposer d'une station d'épuration – et la jouissance effective par la requérante du droit au respect de son domicile et de sa vie privée et familiale (§ 58). Pareille obligation détermine aussi des droits procéduraux (70) permettant d'obtenir communication des informations pertinentes et appropriées sur les risques prévisibles pour la vie privée et / ou familiale comme les arrêts *Guerra et autres c/ Italie* (préc.) et *McGinley et Evan c/ Royaume-Uni* (9 juin 1998) l'ont clairement confirmé. Dans le premier, alors que la question en jeu semblait être « une question d'intérêt public intéress(ant) au premier chef la liberté de recevoir des informations » et, partant, « trouv(ait) plus logiquement son fondement

sa famille vivait dans cette région depuis des générations et que l'occupation turque l'empêchait d'y retourner.

(68) J.-P. MARGUENAUD, « L'article 8 de la CEDH, instrument privilégié de lutte contre les troubles de voisinage », *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, pp. 515-516.

(69) F. SUDRÉ, « La protection du droit à l'environnement par la Convention européenne des droits de l'homme », in CEDECE, *La Communauté européenne et l'environnement*, Colloque d'Angers, 6-7 octobre 1994, La Documentation française, 1997, p. 220. Voy. aussi : C. RUSSO, « Le droit de l'environnement dans les décisions de la Commission des droits de l'homme et dans la jurisprudence de la Cour européenne », in *Mélanges offerts à Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, pp. 635-645.

(70) P. FRUMER, « Protection de l'environnement et droits procéduraux de l'homme : des relations tumultueuses ? » Obs. s/ les arrêts *Balmer-Schafroth c/ Suisse* et *Guerra et autres c/ Italie* des 26 août 1997 et 19 février 1998, *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 813-833.

dans l'article 10 que dans l'article 8 » (71), la Cour indique que l'incidence directe des émissions nocives de l'usine Enichem (fabriquant des fertilisants) sur le droit des requérantes au respect de leur vie privée et familiale permettait de conclure à l'applicabilité de cette disposition (§ 57) et que l'Italie avait violé cette dernière pour ne pas leur avoir communiqué des informations essentielles qui leur auraient permis d'évaluer les risques pouvant résulter pour elles et leurs proches du fait de continuer à résider sur le territoire de *Manfredonia*, une commune aussi exposée au danger en cas d'accident dans l'enceinte de l'usine (§ 60). Dans la seconde espèce, les requérants, soldats britanniques, étaient livrés au doute quant au point de savoir s'ils avaient été exposés à des niveaux dangereux de rayonnement à la suite d'expériences dans le Pacifique et en Australie de 1952 à 1967. L'arrêt affirme qu'à partir du moment où l'État s'engage dans des activités dangereuses susceptibles de produire des effets néfastes cachés sur la santé des personnes qui y participent, l'article 8 exige la mise en place d'une procédure effective et accessible permettant à ces personnes de demander la communication de l'ensemble des informations pertinentes. Cette construction jurisprudentielle n'est pas sans intérêt pour le droit au développement de la personne humaine. Pour autant, elle reste très en deça des avancées en la matière que paraissait autoriser la dynamique propre à la théorie des obligations positives, comme de celles heureusement réalisées grâce à une lecture assez audacieuse de l'article 14 de la Convention.

II. — UNE JURISPRUDENCE PROMETTEUSE

L'utilisation de l'article 14 (72) pour assurer la promotion des droits sociaux est *a priori* plutôt surprenante. Les dispositions de cet article interdisent, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la CEDH, de traiter de manière différente des personnes placées dans des situations comparables en l'absence de justification objective et raisonnable (*Vermeire c/ Belgique*, 29 novembre 1991, § 25). La Cour établit d'abord l'existence au détriment de la requérante ou du requérant d'une différence de traitement et examine ensuite, pour établir son caractère discriminatoire, si elle poursuivait un but légitime et satisfaisait à l'exigence « d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (*Hoffmann c/ Autriche*, 23 juin 1993, § 36, à propos d'une discrimination fondée sur la reli-

(71) F. SUDRE, « Les aléas de la notion de 'vie privée' dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 705.

(72) « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

gion). La discrimination sera patente lorsqu'« un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la Convention ne requiert pas le traitement plus favorable » (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 82). La rédaction même de l'article 14 atteste du caractère non équivoque de son champ d'application : la clause de non-discrimination ne peut être invoquée de façon indépendante; elle suppose un appui simultané sur un autre article de la Convention. A cet égard, la CEDH est très éloignée du système de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (P.I.D.C.P.) (73) et, plus encore, de l'interprétation que lui a donnée le Comité des droits de l'homme des Nations Unies en transformant le droit à la non-discrimination d'un « droit accessoire » en un « droit autonome » (74). Sans se rallier entièrement à la lecture extensive du comité onusien, la Cour strasbourgeoise a cependant, au nom du principe de l'effectivité des droits et libertés protégés, donné à l'article 14 une portée autonome en établissant que son applicabilité « ne saurait être limitée aux seules hypothèses de violation concomitante » d'une autres de ses dispositions (75). La clause peut alors jouer « en l'absence même d'un manquement à l'un des droits garantis et permet de censurer la discrimination dans la jouissance d'un droit respecté » (76). Par exemple, alors que l'article 2 du Protocole n° 1 ne peut fonder « le droit d'obtenir des pouvoirs publics la création de tel ou tel établissement d'enseignement » (en l'occurrence, un établissement correspondant aux préférences linguistiques des parents), si l'État décide de créer pareil établissement, il « ne pourrait, en en réglementant l'accès, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14 » (*Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, § 9). De même, une mesure compatible avec le droit au respect de la vie privée et familiale (refus de laisser entrer sur le territoire de l'État défendeur des conjoints d'immigrés régulièrement installés dans le pays d'accueil) revêt un caractère discriminatoire dans la mesure où elle manque de justification objective et raisonnable (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, préc., §§ 82-83). Un tel raisonnement suppose toutefois que les faits du litige tombent sous l'emprise de l'une des clauses normatives de la Convention – autrement dit que « la matière du litige n'échappe pas entièrement à l'empire du texte qui se combine avec

(73) F. SUDRE, « Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies — Les communications individuelles*, Actes du Colloque de Montpellier (6-7 mars 1995), I.D.E.D.H., 1995, pp. 33-60.

(74) F. SUDRE, *op. cit.*, pp. 36-40.

(75) « Une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14, pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire » (*Affaire linguistique belge*, § 9). Voy. : J-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., 1999, pp. 140-141.

(76) F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, P.U.F., 4° éd., 1997, p. 35.

l'article 14 » (*Van der Musselle c/ Belgique*, 25 novembre 1983, § 43) ou que « la matière sur laquelle porte le désavantage compte parmi les modalités d'exercice d'un droit garanti » (*Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, 12 avril 1975, § 45) – et dépend, par conséquent, de l'appréciation à laquelle devra se livrer le juge suprême de la Convention. Or, à cet égard, celui-ci s'est montré nettement novateur en distendant le lien exigé entre l'article 14 et l'une des dispositions substantielles de la CEDH, d'abord grâce à un « effilochement » (*Schuler-Zraggen c/ Suisse*, 24 juin 1993; *Karlheinz Schmidt c/ Allemagne*, 18 juillet 1994) puis en réalisant un véritable « découplage » de l'article 14 et des autres dispositions de fond de la Convention » (77). Bien entendu, un rattachement même formel doit unir l'article 14 aux autres dispositions normatives du texte européen mais, de plus en plus, la Cour de Strasbourg « admet implicitement que le droit à la non-discrimination peut être mis en jeu en l'absence d'un droit garanti par la Convention » (78). Pareille « autonomisation » de l'article 14 qui assure la conventionnalisation partielle de certains droits sociaux ou, du moins, de la dimension sociale de certains droits civils, présente un intérêt non négligeable pour le droit au développement de la personne humaine. Depuis 1996, sur le fondement de requêtes invoquant la combinaison entre l'article 14 et l'article 1 du Protocole n° 1 (droit au respect des biens) (79) ou l'article 8 (droit au respect de la vie privée et / ou familiale), plusieurs décisions permettent de s'en persuader.

En s'appuyant sur l'article 1 du Protocole n° 1, le processus d'autonomisation utilise un vecteur privilégié, celui du « droit patrimonial » (80) pour favoriser l'« ancrage » des droits sociaux à la Convention (81), comme le démontrent les arrêts *Gaygusuz c/ Autriche* (16 septembre 1996) et *Van Raalte c/ Pays-Bas* (21 février 1997). Dans l'affaire *Gaygusuz c/ Autriche*, la Cour relève une discrimination fondée sur la nationalité à propos du refus opposé à l'attribution d'une allocation d'urgence à un turec ayant travaillé une dizaine d'années sur le territoire de l'État défendeur et parvenu en fin de droits. L'allocation prévue par la législation autrichienne sur l'assurance chômage était destinée à fournir un revenu minimal de survie aux personnes se trouvant dans cette situation, aptes au travail et disposées à en trouver

(77) F. SUDRE, « La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis d'Assemblée du Conseil d'État du 15 avril 1996 », *M^{me} Doukouré*, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996. *Gaygusuz c/ Autriche*, *Rev. fr. dr. adm.*, 1997, p. 973.

(78) F. SUDRE, « La 'perméabilité' de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », in *Mélanges Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 475.

(79) Les États peuvent « réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes » (art. 1 § 2).

(80) F. SUDRE, *op. cit.*, pp. 476-477.

(81) S. PRISO-ESSAWE, « Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. A propos des arrêts *Van Raalte c/ les Pays-Bas* et *Petrovic c/ l'Autriche* (21 février 1997 et 27 mars 1998) », *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 723-729.

mais elle était réservée aux nationaux autrichiens. Dans son rapport, la Commission note le caractère contributif d'une prestation sociale liée au paiement préalable de cotisations à la caisse d'assurance chômage. Elle en déduit que le litige se rattache à l'obligation de « paiement des impôts ou d'autres contributions ». Sans s'y attarder davantage, la Cour fait sienne cette conclusion (§ 39) et affirme *ex abrupto* que « le droit à l'allocation d'urgence – dans la mesure où il est prévu par la législation applicable – » est « un droit patrimonial au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 », sans qu'il faille se fonder uniquement sur le lien qui existe entre l'attribution de l'allocation et l'obligation de payer des impôts ou autres contributions (§ 41). Partant, l'article 14 de la CEDH peut s'appliquer. Il n'en reste pas moins que le lien entre les faits de l'espèce et le droit de propriété apparaît plutôt ténu. Le raisonnement du juge européen semble d'autant plus étonnant qu'il fait l'économie d'un effort de qualification du droit revendiqué par le requérant au regard de la « notion autonome » de « bien » alors que cette dernière, au-delà de la détention d'un titre de propriété sur un bien meuble ou immeuble, vise globalement « tout actif constituant le patrimoine d'un justiciable » (82). L'arrêt *Van Raalte c/ Pays-Bas* permet au même juge de sanctionner une discrimination fondée sur le sexe. L'affaire concernait l'obligation de payer des cotisations pour les allocations familiales et non la perception d'une prestation sociale. La loi néerlandaise sur les allocations familiales avait exempté les femmes célibataires, sans enfants, âgées de plus de 45 ans – et non les hommes se trouvant dans le même cas – de l'obligation de verser des cotisations au titre du régime des allocations familiales. La Cour ne se livre à aucune réelle démonstration pour justifier le recours à l'article 14. Elle reprend simplement à son compte le rattachement à l'article 1 du Protocole n° 1 opéré par la Commission (obligation de payer des impôts et autres contributions) (§ 34).

Cette construction jurisprudentielle, qui pourrait, à terme, conduire « à garantir, sous couvert de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit général à l'égalité de traitement dans la jouissance d'un droit social » (83), a reçu un remarquable hommage de la part des juges suprêmes français, judiciaire et administratif. Dans un arrêt rendu le 14 janvier 1999 (84), la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est fondée sur l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 pour censurer une décision de la Cour d'appel de Lyon rejetant le recours relatif au refus par la Caisse primaire d'assurance maladie de Saint-Etienne de l'attribution de

(82) E. DANJOUX, in F. SUDRE ou C. PICHERAL dir.), *Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme*, Cahiers de l'I.D.E.D.H., n° 6, Université de Montpellier I, 1997, p. 40.

(83) F. SUDRE, *op. cit.*, p. 478.

(84) *Bozkurt c/ CPAM de Saint-Etienne*, J.C.P., Gén., 1999, II, 10.082 (Note F. SUDRE, « Le droit à l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité et la Convention EDH »).

l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité (ASFNS) à un ressortissant turc. Prévus par l'article L 815-5 du Code de la sécurité sociale, cette prestation d'assistance non contributive devait être versée aux personnes âgées démunies de ressources de nationalité française, aux ressortissants communautaires ainsi qu'aux autres étrangers sous réserve de l'existence d'une convention internationale de réciprocité. Le juge de cassation relève d'office la combinaison des textes précités « tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme ». Au-delà d'une référence qui atteste, une fois de plus, que les droits garantis par la CEDH « ne sont pas théoriques mais concrétisés par la jurisprudence de la Cour » (85), la Cour retient l'applicabilité de l'article 14 alors que le lien entre le droit revendiqué par le requérant et la Convention semblait « *prima facie*, inexistant » (86). Mais l'intérêt de l'arrêt est bien plus grand : il consacre, au regard des exigences de la CEDH, le droit des étrangers à l'égalité de traitement en matière de prestations sociales et conforte le constat d'inconstitutionnalité de la disposition législative en cause effectué quelques années plus tôt par le Conseil constitutionnel, au nom du principe d'égalité (87). Le Conseil d'État a rejoint la Cour de cassation dans une telle interprétation dynamique du texte européen. Dans un arrêt d'assemblée du 5 mars 1999 (88), il a accepté d'examiner, au titre des articles 14 de la Convention et 1 du Protocole n° 1 (non-discrimination dans le droit au respect des biens), l'éventuelle inconstitutionnalité des dispositions introduites à l'article L. 521-1 du Code de la sécurité sociale (mise sous condition de ressources du bénéficiaire des allocations familiales) par la loi n° 97-1164 du 19 décembre 1997. Comme le démontre la lecture des conclusions particulièrement éclairantes du commissaire du Gouvernement, l'assimilation de la prestation sociale en cause à un « bien », au sens du Protocole n° 1, est réalisée grâce à un alignement sur les positions de la Cour européenne. Christine Maugué

(85) G. COHEN-JONATHAN, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber Amicorum M.-A. Eissen*, Bruylant / L.G.D.J., 1995, p. 55.

(86) F. SUDRE, *op. cit.*, n° 4.

(87) « L'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice de cette allocation... méconnaît le principe constitutionnel d'égalité » (Déc. 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Rec.*, p. 33). Le principe selon lequel « les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français » est réaffirmé par le même juge dans la fameuse décision du 13 août 1993 sur la « Loi Pasqua » (Déc. 93-325, *Rec.*, p. 224). La loi du 11 mai 1998, dite RESEDA (relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile (loi n° 98-349, *J.O.R.F.*, 12 mai), a heureusement supprimé la condition de nationalité pour les étrangers séjournant régulièrement en France pour l'octroi de l'ASFNS ainsi que pour l'allocation aux adultes handicapés (AAH).

(88) *M. Rouquette et autres* (sera publié au *Recueil Lebon*) L'arrêt écarte toute atteinte disproportionnée au droit au respect des biens des intéressés en raison de l'existence de critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi (maintien de l'équilibre financier de la « branche famille » de la sécurité sociale).

s'appuie, en effet, sur une jurisprudence qui développe « une interprétation extensive de la portée du Protocole, contribuant ainsi à affirmer de façon pragmatique des droits sociaux ». Le caractère non contributif de l'allocation en cause n'y changeait rien. Le juge européen ne limitant pas la portée de cette disposition aux seules prestations contributives, « la circonstance que les allocations familiales revêtent le caractère de prestations à caractère non contributif... paraît... sans incidence pour l'applicabilité de l'article 1^o du premier protocole ».

Tout aussi prometteur est l'arrêt *Petrovic c/ Autriche* (27 mars 1998), même si la Cour européenne des droits de l'homme s'y révèle « très audacieuse du point de vue de l'applicabilité et très prudente du point de vue de l'observation de l'article 14 combiné avec l'article 8 » (89). Était critiqué le refus de verser l'allocation de congé parental à un père au motif que la loi autrichienne de 1977 sur l'assurance chômage, alors applicable (90), ne l'octroyait qu'aux mères. Dans son rapport du 15 octobre 1996, la Commission avait conclu à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe par 25 voix contre 5. Devant la Cour, l'État défendeur estimait la requête incompatible *ratione materiae* avec la Convention, s'agissant d'« une mesure de politique sociale qui ne doit pas être englobée dans le concept de vie familiale » (§ 24). Le juge européen est d'un avis opposé. Certes, le refus d'accorder une allocation de congé parental « ne saurait constituer un manque de respect pour la vie familiale, car l'article 8 n'impose pas aux États une obligation positive de fournir l'assistance financière en question » (§ 26) (91). Néanmoins, dans la mesure où « elle permet, associée au congé parental, à l'un des parents de rester au foyer pour s'occuper de leur enfant », elle « vise à favoriser la vie familiale » (§ 27) et donne à l'État contractant l'occasion de « témoigner de son respect » pour celle-ci (§ 29). Examinant ensuite la réalité de la discrimination invoquée, l'audace de la Cour s'estompe. Alors que d'ordinaire, elle « réduisait la marge d'appréciation au point de ne pouvoir justifier des discriminations que dans des circonstances exceptionnelles » (92), ici, elle inverse sa démarche et s'appuie sur l'importante autonomie qu'il convient de concéder aux États pour conclure à l'absence de violation de la Convention. Deux considérations paraissent, en l'occurrence, expliquer un tel constat : d'une part, l'absence, aussi bien au moment des

(89) J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, « Note s/ *Petrovic c/ Autriche* (27 mars 1998) », *Dalloz*, 1998, *Jurispr.*, pp. 142-145.

(90) Elle devait être amendée en 1989, postérieurement aux faits de l'espèce. Désormais, un père peut en bénéficier s'il est salarié, s'occupe principalement de l'enfant et si ce dernier vit sous le même toit. En France, le père bénéficie, à l'instar de la mère, du congé parental et de l'allocation y afférente (« Loi Dufoux » du 4 janvier 1985).

(91) La Commission avait antérieurement déclaré irrecevable une requête invoquant le droit à une allocation parentale (décision du 4 mars 1986, *Andersson et Kullman c/ Suède*, *D.R.*, 46, p. 251).

(92) J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, *op. cit.*, p. 143.

événements relatifs au litige qu'au moment du prononcé de l'arrêt, de dénominateur commun aux solutions retenues par les États parties à la Convention en matière de versement d'une allocation de congé parental au père (§§ 39-40 et 42); d'autre part, le fait que le Parlement autrichien ait « introduit de manière graduelle, à l'image de l'évolution de la société en la matière, une législation somme toute très progressiste en Europe » (§ 41).

Le résultat auquel aboutit un tel raisonnement pose le problème du recours par le juge de la Convention européenne des droits de l'homme à l'interprétation consensuelle (93). On le sait, en dépit de son importance, le droit issu de la Convention « n'a pas la prétention ni les moyens de remplacer le droit national » (94). Dans toute matière controversée, l'insuffisance d'une communauté de vues parmi les États membres du Conseil de l'Europe conduit forcément à la reconnaissance, à leur profit, d'une importante latitude dans la mise en œuvre des droits et libertés garantis. Lorsqu'il s'agit de fixer l'étendue de cette marge nationale d'appréciation, « la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent » (*Rasmussen c/ Danemark*, 28 novembre 1994; *Petrovic c/ Autriche*, préc., § 38) (95). Le maintien d'une grande disparité dans les droits des États augmente leur degré de liberté et peut justifier une interprétation restrictive de l'article 14 susceptible de relativiser les obligations positives inhérentes au principe d'égalité entre les sexes. Le transsexualisme illustre remarquablement cette dialectique subtile. Le constat d'une convergence de l'explication scientifique du syndrome transsexuel, des constructions législatives et jurisprudentielles qu'il occasionne et, plus généralement, du regard porté par la communauté sur les problèmes qu'il soulève, apporte un précieux secours pour déterminer l'ampleur des obligations dictées par le souci de rendre le droit au respect de la vie privée et familiale le plus effectif possible. La dernière décision rendue en la matière, l'arrêt *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni* (30 juillet 1998) (96) voit ainsi la Cour affirmer ne pas être persuadée « d'une quelcon-

(93) F. RIGAUD, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque de l'I.D.E.D.H. de Montpellier des 13 et 14 mars 1998*, Nemesis / Bruylant, 1998, pp. 41-62; F. SUDRE, « L'Europe des droits de l'homme », *Droits*, 14, 1991, pp. 106-109. Voy. également : V. CLAUDE, *L'interprétation consensuelle de la Convention européenne des droits de l'homme*, I.D.E.D.H., Université de Montpellier I, 1998.

(94) G. COHEN-JONATHAN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des États contractants », in *Mélanges N. Valticos. Droit et justice*, Ed. Pédone, 1999, p. 391.

(95) L'existence d'un dénominateur commun « constitue (donc) un critère permettant aux organes de la Convention d'apprécier le caractère objectif et raisonnable d'une différence de traitement » (P. LAMBERT, « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme? », *Rev. trim. dr. h.*, 1998, p. 505).

(96) M. LEVINET, « La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 646-672.

que démarche européenne commune relativement à la manière d'aborder les problèmes soulevés par la reconnaissance juridique de la condition sexuelle des transsexuels opérés », notamment à l'égard des effets de la reconnaissance d'un tel changement de sexe « dans d'autres domaines du droit tels le mariage, la filiation, la protection de la vie privée ou des données, ou les circonstances dans lesquelles un transsexuel peut être obligé par la loi de révéler son ancien sexe » (§ 57). Etant donné que « le transsexualisme continu(ait) de soulever des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale, ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les États contractants », aucune raison n'autorise le juge européen à s'écarter de sa jurisprudence établie en 1986 (*Rees c/ Royaume-Uni*, 17 octobre 1986) et en 1990 (*Cossey c/ Royaume-Uni*, 27 septembre 1990) et, partant, à dénier la marge d'appréciation réclamée par l'État défendeur (§ 58). Mais comment mesurer ce consensus ? Faut-il qu'il concerne la totalité des États contractants ou peut-on se contenter de sa présence dans un nombre significatif d'entre eux ? La recherche d'une communauté de vues, la logique d'une interprétation consensuelle du texte européen ne viennent-elles pas limiter l'intérêt du recours à son interprétation évolutive, alors que les concepts présents dans la Convention « sont à entendre dans le sens tel que le comprennent les sociétés démocratiques d'aujourd'hui et non dans le sens que ces concepts avaient, il y a 40 ans, lorsqu'(elle) a été élaborée » (97) ? Ne condamnent-elles pas la Cour de Strasbourg à osciller « entre deux hypothèses, l'une minimale qui revient à constater un ordre juridique commun, l'autre maximale qui consiste à construire cet ordre juridique commun » (98), entre le risque de se conduire comme un *législateur positif* en devançant les pratiques étatiques et celui de se voir accuser de faire « preuve d'un grand pragmatisme » qui « semble moins dire le droit qu'enregistrer les évolutions sociales » (99) ? L'arrêt *Petrovic c/ Autriche* révèle-t-il, de la part du juge suprême de la CEDH, « une politique passive et attentiste, se bornant à enregistrer la position dominante des États » (100) ? C'est l'avis développé, dans leur opinion dissidente commune, par les juges de la minorité (Bernhardt et Spielmann). Rappelant que « seules des considérations très fortes » peuvent légitimer des différences de traitement fondées sur le sexe comme sur la nationalité, ils jugent inacceptable la raison à l'origine de la restriction contenue dans la législation autrichienne, à savoir « la répartition traditionnelle des responsabilités familiales entre les pères et les mères ». A

(97) F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 23.

(98) P. ROLLAND, « L'interprétation de la CEDH », in *Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme*. Actes du Colloque de Montpellier (14-15 décembre 1990), *R.U.D.H.*, 1991, pp. 286-287.

(99) F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, P.U.F., 3^e éd., 1997, § 150bis.

(100) J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, op. cit., p. 144

les suivre, l'arrêt aurait consacré une solution rétrograde. Ce reproche n'est pas pleinement convaincant. Quand bien même l'extension de l'allocation de congé parental aux pères de famille semble traduire « l'évolution de la société vers un partage plus égalitaire des tâches entre les hommes et les femmes » (§ 40 de l'arrêt) en permettant au parent bénéficiaire de rester au foyer pour s'occuper du nourrisson, comment la Cour pourrait-elle « négliger les différences qui peuvent exister entre le père et la mère dans leur relation avec celui-ci » (§ 36) ? Comment perdre autant de vue le rôle primordial de la mère dans les soins à apporter à l'enfant en bas-âge ? Comment oublier la nécessaire « prise en considération du rapport biologique et psychique particulier qui existe entre la mère et l'enfant surtout dans la période qui suit l'accouchement » (opinion concordante du juge Pettiti) ? La lecture des exigences du respect de l'article 14 combiné avec l'article 8 appelle, sans doute, le juge de Strasbourg à s'appuyer sur le pluralisme, l'esprit d'ouverture, l'évolution des mœurs et les nécessités de la vie sociale. Pour autant, elle ne lui interdit pas de s'incliner devant les valeurs fondatrices de la Convention, notamment celle de la préservation de la vie familiale. Ce qui peut le conduire, au nom de la protection de la famille traditionnelle, à légitimer une différence de traitement en matière de prestation sociale entre une relation née du mariage et une relation de concubinage (101).

En dépit de ses insuffisances, l'autonomisation de l'article 14 n'en reste pas moins notable. En faisant produire à cette disposition des effets proches

(101) Commission, décision du 4 mars 1998, *Fernanda Quintana Zapata c/ Espagne*, req. N° 34615/97, *D.R.*, 92-A, p. 139 (à propos du refus d'accorder une pension de réversion à une femme ayant vécu en concubinage 65 ans avec le *de cujus*, relation à l'origine de la naissance de 5 enfants, la législation sociale en vigueur prévoyant l'attribution de la prestation au conjoint survivant et non au concubin survivant). Pour la Commission, les différences de traitement en cause « poursuiv(ai)ent un but légitime et s'appu(ya)ient sur une justification objective et raisonnable, à savoir la protection de la famille traditionnelle » Voy., dans le même sens. Cour, décision d'irrecevabilité du 26 janvier 1999, *Candelaria Saucedo Gomez c/ Espagne*, req. n° 37784/97 (non publiée) (à propos du refus de l'attribution du logement familial à la requérante au motif que ce droit ne pouvait naître que du mariage). Voy. également : Commission, décision du 15 mars 1984, *B., R. et J. c/ République fédérale d'Allemagne*, req. n° 9639/82, *D.R.*, 36, p. 130. Le maintien dans les systèmes juridiques nationaux de différences entre les couples mariés et non mariés, quant à leur statut légal et à ses effets, peut, par ailleurs, permettre d'établir qu'un requérant qui prétend être le père biologique de l'enfant de son ex-partenaire qui, lors de sa naissance, était mariée à un autre homme, ne se trouve pas dans une situation analogue à celle de la mère de l'enfant et à celle de son époux — ces derniers bénéficiant du droit de l'empêcher de faire établir la paternité au motif que l'enfant est né pendant le mariage (décision d'irrecevabilité de la Cour, 29 juin 1999, *Nylynd c/ Finlande*, req. n° 27110/95, à propos du refus de procéder à un examen de paternité en raison des effets déstabilisants sur l'enfant et la famille) : « Marriage continues to be characterised by a corpus of rights and obligations that differentiate it markedly from the situation of a man and woman who cohabit ».

de ceux de l'article 26 du P.I.D.C.P (102)., elle laisse espérer un élargissement de la protection de la Convention européenne des droits de l'homme, élargissement d'un intérêt évident pour le droit au développement de la personne humaine. Elle peut également aider les États membres du Conseil de l'Europe à franchir l'ultime étape que constituerait l'adoption de la clause générale de non-discrimination inscrite dans l'article 1 § 1 du projet de protocole additionnel n° 12, actuellement en discussion (« La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ») (103).

*

Trois ans après les Journées scientifiques de Tunis, l'observateur de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, sans se départir d'une nécessaire prudence, peut néanmoins espérer qu'elle contribue à la juridicité du droit au développement de l'être humain. Le souci, maintes fois proclamé, de faire du texte européen un « instrument vivant » qui doit se lire « à la lumière des conditions d'aujourd'hui » (*Marckx c/ Belgique*, 13 juin 1979, § 45; *Inze c/ Autriche*, 28 octobre 1987, § 41; *Cossey c/ Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, § 35), peut justifier que la Cour strasbourgeoise s'écarte notablement de l'interprétation littérale d'un acte adopté il y a maintenant un demi siècle. On l'écrivait déjà en 1996 (104) : le juge européen n'est pas chargé de réécrire la Convention et, par voie de conséquence, d'y découvrir des droits qui n'y figurent pas. Pour autant, la réserve judiciaire qu'il doit naturellement conserver ne lui interdit pas de tenir compte des situations susceptibles de faire obstacle à l'exercice des droits formellement reconnus et d'en déduire, le cas échéant, l'existence d'obligations positives d'ordre économique et social pesant sur les autorités publiques. Au-delà des perspectives ouvertes par son interpréta-

(102) Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a appliqué l'article 26 au droit à l'attribution d'allocations de chômage, au droit à une pension d'invalidité au titre de l'assurance sociale, au droit à l'octroi d'allocations familiales, au droit à une pension de retraite ou encore à l'obligation de verser des cotisations sociales. Voy., les affaires citées par F. SUDRE, dans son étude : « La portée du droit à la non-discrimination . de l'avis d'Assemblée du Conseil d'État du 15 avril 1996 », *M^{me} Doukouré*, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, *Rev. fr. dr. adm.*, 1997, p. 970.

(103) Texte retenu par le C.D.D.H. (Comité directeur pour les droits de l'homme) au cours de sa 46^e réunion (22-25 juin 1999) et transmis au Comité des ministres aux fins d'une demande d'avis à l'Assemblée parlementaire et à la Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 25 juin 1999, CDDH (99) 10 prov. *Addendum*.

(104) M. LEVINET, « Recherche sur les fondements du 'droit au développement de l'être humain' à partir de l'exemple de la Convention européenne des droits de l'homme » in *Les droits fondamentaux*, Bruylant, 1997, pp. 53 et s.

tion de la clause de non-discrimination de l'article 14 et sans attendre l'aboutissement des travaux relatifs au Protocole additionnel n° 12, il lui appartient de donner toute leur consistance aux désormais célèbres formulations de l'arrêt *Airey c/ Irlande* (9 octobre 1979) (105). D'autant plus qu'il ne s'agit pas de lui demander de consacrer tel ou tel droit social *per se* mais seulement, par l'invocation de la violation d'un droit conventionnel, de l'amener à la « découverte de la 'matière sociale' comme composante d'un droit garanti par la Convention » (106).

* *
*

(105) « La Cour n'ignore pas que le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des États et notamment de leurs finances. D'un autre côté, la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui..., et à l'intérieur de son champ d'application, elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu. Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique et social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention » (§ 26).

(106) F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme », in *Actes du XI^e Congrès de l'Union des avocats européens*, Palma de Majorque (29-31 mai 1997), Bruylant, 1999, p. 111.

**La vie familiale comme lieu d'exercice
des droits fondamentaux :
lecture des pratiques africaines**

PAR

JEAN-DIDIER BOUKONGOU

CHARGÉ DE COURS

À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE D'AFRIQUE CENTRALE, YAOUNDÉ

« Ceux qui ont faim et n'ont pas de travail forment le terreau d'où naissent les dictatures. On estime aujourd'hui que ces vérités économiques vont de soi ».

F.D. ROOSEVELT, *Déclaration des droits économiques* (1944) (1)

La présente étude trouve son origine dans le projet scientifique dont l'initiative revient à l'équipe de recherche dirigé par Michel Levinet (Université de Montpellier I) sur la juridicité du droit au développement de l'être humain comme droit individuel inhérent à la dignité de chaque personne humaine (2). Je me joins donc, à mi-chemin, à d'autres sur une question particulière en Afrique (vie familiale), pour tenter de participer, avec quelques traits nouveaux, à un débat fort ancien (droit et développement) sur une matière fort embrouillée (droit au développement comme droit de l'homme), alors même que rien ne permet à ce jour de délivrer des certitudes juridiques sur les pratiques familiales africaines, notre champ d'investigation. Dès lors qu'il n'est pas à l'évidence question de traiter exhaustivement un semblable sujet en l'espace de quelques lignes, je ne peux que chercher à m'approcher de la clarté dans un domaine qui ne s'y prête guère au regard des résultats des recherches précédentes et disponibles. Je commencerais par énoncer telles quelles deux articulations principales autour desquelles s'organiseront les réflexions qui vont suivre. *La première articulation* est qu'il m'est apparu fondamental de préciser au préalable le cadre conceptuel et analytique d'une telle démarche (I) en exposant les hypothèses de la recherche (A), en explicitant la notion de « vie familiale » dans le contexte

(1) W. LAQUEUR et B. RUBIN, *Anthologie des droits de l'homme*, Nouveaux horizons, New-York, 1989.

(2) M. LEVINET, « Recherche sur les fondements du 'droit au développement de l'être humain' à partir de l'exemple de la convention européenne des droits de l'homme », in *Les droits fondamentaux* (sous la direction de J.-Y. MORIN), Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 43-71.

africain (B) et en présentant les opinions doctrinales déjà exprimées sur la problématique du droit au développement comme droit de l'homme (C), à défaut d'une jurisprudence consistante et connaissable en la matière. *La deuxième articulation* est que l'effectivité de la protection de la vie familiale est un moyen de garantir une existence conforme à la dignité humaine aux personnes placées dans des situations de précarité (II); cependant l'étude de la diversité des normes (A) révèle à l'observation des pratiques que la protection de la vie familiale en Afrique ne doit pas se limiter aux atteintes causées par les tiers (personnes publiques ou personnes privées), mais s'intéresser davantage aux relations interindividuelles au sein de la famille pour garantir à l'individu les libertés fondamentales corollaires à la dignité inhérente à toute personne humaine (B). Ce qui implique aussi à discuter de l'articulation de l'universalité des droits fondamentaux avec le modèle africain de la vie familiale (C).

Avant d'aborder ces deux points, il convient de formuler deux brèves observations préliminaires. La première est que l'Afrique – le Cameroun n'est qu'un exemple loin d'être le moins bon – passe pour être le réceptacle d'un « juridisme » ambiant au contenu complexe et aux extensions incertaines (3). Avant même d'épuiser le conflit entre les droits dits coutumiers ou locaux et le droit « moderne » et national, s'amoncellent déjà des strates de normes internationales dans une sorte de déferlement de flux juridiques sur des structures sociales et politiques qui le plus souvent n'ont changé que de parure. Malgré l'idéalisation de ce droit positif, (4) il ne peut prétendre à une victoire totale sur les coutumes locales, car les pratiques juridiques locales demeurent imprégnées de fondements culturels qui ont encore pour le moins de beaux restes. La deuxième observation est que l'on conçoit sans peine que le droit objectif de la famille et même l'éventualité d'un droit subjectif à la famille relèvent d'une confrontation aux droits de l'homme. Encore faut-il savoir comment ces derniers sont appelés à intervenir et quels effets, structurants ou destructurants, de la vie familiale, ils peuvent receler. Il y a là une prudence qui s'explique par le fait que « l'élargissement démesuré des prérogatives multiplie les antagonismes, développe exagérément l'interdépendance des sphères individuelles et asphyxie finalement la société globale » (5).

(3) J.-D. DE GAUDUSSON, D. DARBON (dir), *La création du droit en Afrique*, Karthala, Paris, 1997

(4) Un collègue philosophe m'a questionné sur le point de savoir si ce sont les coutumes africaines qui constituent le droit négatif. La réponse négative qui peut paraître évidente pour un juriste ne l'est peut être pas dans l'imaginaire populaire.

(5) F. TERRÉ, « Sur la notion de droits fondamentaux », in *Droits et libertés fondamentaux*, sous la direction de R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, Dalloz, Paris 1996, p. 8.

I. – CADRE CONCEPTUEL
ET ANALYTIQUE DE LA RECHERCHE

L'intelligibilité de notre démarche requiert la présentation des hypothèses de la recherche avant d'essayer de circonscrire les notions qui font l'objet du débat.

A. – *Hypothèses sur le droit au développement
comme droit de l'homme*

J'exposerais d'abord brièvement l'hypothèse initiale présentée par Michel Levinet avant de présenter la déclinaison particulière sur la vie familiale.

La présente recherche se situe donc dans la perspective dynamique et positive de l'affirmation du droit au développement au sein des droits individuels de la personne pour le rendre effectif et justiciable en tant qu'élément du *corpus* des droits fondamentaux de la personne. Il ne s'agit pas d'une nouvelle catégorie juridique ou d'un « nouveau droit de l'homme ». Ce qui est recherché, c'est une lecture actualisée des droits déjà consacrés et garantis (droits civils et politiques); une nouvelle interprétation positive de la notion du développement en tant que droit individuel de l'être humain corollaire à sa dignité. En d'autres termes, – c'est l'hypothèse initiale – « il s'agit d'envisager le droit au développement de l'être humain comme un droit individuel en proposant une lecture modernisée du *corpus* des droits de l'homme, autrement dit, en mettant au jour les devoirs sociaux qu'implique une protection effective des droits civils et politiques, et de vérifier si les instruments qui reconnaissent de tels droits peuvent servir à garantir des situations matérielles décentes à des personnes vivant dans des situations de grande précarité » (6). L'objectif visé est de trouver les interprétations adéquates des instruments protecteurs des droits de l'homme susceptibles de fonder une sortie de « l'impasse dans laquelle se trouve le droit au développement », en relativisant la distinction traditionnelle entre les droits civils et politiques, d'une part, et les droits économiques, sociaux et culturels, d'autre part (7). En s'appuyant sur les instruments internationaux, régionaux et nationaux de protection des droits humains, on pourrait recourir à plusieurs techniques prétorienne (« protection par ricochet », « principe de l'effet horizontal », « technique des obligations positives ») pour inclure les situations de précarité dans le champ d'application des droits garantis par ces instruments.

À ce niveau, quelques observations s'imposent. Le modèle choisi par Michel Levinet (Convention européenne de sauvegarde des droits de

(6) M. LEVINET, *op cit.*, p. 44.

(7) L. LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 121-149.

l'homme) est fondé sur un instrument juridique qui bénéficie d'un contrôle juridictionnel et dont la pratique est confirmée par la révérence des États contractants à l'égard de la Cour européenne des droits de l'homme. En outre, les juridictions nationales des États membres du Conseil de l'Europe, malgré les réticences « souverainistes », tiennent pour acquis la primauté des interprétations données par la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne les droits civils et politiques. Enfin, ces juridictions nationales sont elles-mêmes confrontées régulièrement aux questions touchant les droits fondamentaux des personnes qui vivent des situations de précarité. Ce qui n'est pas toujours le cas en Afrique.

Sur le plan conceptuel, la notion de « vie familiale » est quasi – absente des textes africains (Charte africaine et législation camerounaise en particulier), sinon que de manière résiduelle à travers celle de famille dont le contenu n'est pas simple à déterminer. Encore que, malgré les réformes successives sur la matière familiale, le mot famille n'est mentionné ni dans la loi du 7 juillet 1966 sur le mariage, ni dans celle du 11 juin 1968 sur l'état civil, ni même dans l'ordonnance du 29 juin 1981 sur le mariage et l'état civil. Seul le code pénal consacre le mot famille dans son vocabulaire. Tous ces textes se sont révélés dans la pratique non satisfaisants, car incomplets et pleins d'incohérences et de contradictions. Ni la parenté, ni l'alliance, ni même le mariage, la filiation et la dévolution successorale n'ont été l'objet d'une réglementation complète. Ainsi toutes ces notions peuvent donner lieu à des confusions. Le problème de la vie familiale au Cameroun, c'est aussi – et peut-être d'abord – celui de l'élaboration ou de l'amélioration d'un cadre juridique adéquat en matière de protection de la vie familiale pour sortir du sous-développement législatif et judiciaire qui caractérise la problématique de la vie familiale au Cameroun en particulier et en Afrique en général. Et c'est peu dire au regard du broussailleux paysage normatif et jurisprudentiel en la matière.

Sur le plan des mécanismes, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples n'a pas, à ce jour, un mécanisme juridictionnel de contrôle. Même si certains auteurs y voit « un extraordinaire et puissant instrument de libération », (8) la commission instituée à cet effet n'est qu'un mauvais palliatif à une vraie lacune institutionnelle. Aussi, il m'est apparu opportun de considérer les « conclusions » (article 52) formulées par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples à l'occasion de chaque communication dont elle est saisie comme point d'aboutissement d'une justiciabilité des droits garantis par la Charte. En outre, les rapports de la commission ayant le même sort que l'uranium retraité, il n'est pas possible pour les juridictions nationales de connaître les interprétations données par celle-ci.

(8) M. GLÉLÉ AHANHANZO, « Introduction à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples », dans *Mélanges Colliard. Droits et libertés à la fin du XX^e siècle*, Pédone, Paris, 1984, p. 511.

Ce qui, pour le moins, laisse douter de l'effectivité d'un modèle régional africain de protection des droits de l'homme, au-delà des simples incantations universitaires et diplomatiques. Peut-être l'entrée en service de la Cour africaine des droits de l'homme pourrait nous amener à réviser notre jugement sur ce point (9). Enfin, les juridictions nationales, non seulement ont une friolité légendaire vis-à-vis de tout ce qui est international, surtout lorsque le fantôme des droits de l'homme est quelque part, mais en plus la jeunesse du cadre juridique des libertés n'a pas encore donné lieu à une fertilité judiciaire (10). Aussi, c'est un vrai désert jurisprudentiel que l'on rencontre sur certaines questions relevant du droit international des droits de l'homme. Par conséquent, j'ai jugé inconvenante la pratique qui consiste à ressusciter des arrêts ancestraux du début des indépendances pour expliquer des législations récentes. Au regard de ces observations, on peut déjà marquer une prudence légitime sur le recours aux techniques prétoriennes, les prétoires n'étant pas souvent sollicités. Cela étant, l'on ne saurait non plus conclure à une mortalité précoce des garanties juridiques africaines des droits de la personne à cause des déficiences judiciaires. Peut-être conviendrait-il de laisser les rives illusoire des instruments internationaux en matière des droits humains pour s'ensabler sur les berges plus connues des juridictions nationales en matière pénale et civile. Il va de soi qu'une telle assertion soulève une interrogation complémentaire sur la transversalité ou l'autonomie du Droit des droits de l'homme. Je choisis le confort intellectuel de ne pas y répondre dans ce cadre précis.

On peut donc ainsi réajuster l'hypothèse initiale exposée ci-dessus en tenant compte des contextes juridiques africains. En conséquence, nous recherchons donc l'effectivité et la justiciabilité du droit au développement de l'être humain placé dans des situations de précarité par une interprétation évolutive, horizontale et positive des droits individuels de la personne garantis par les instruments internes (législations et coutumes) et appliqués par les juges internes, que ces instruments s'affichent expressément ou non comme « droits de l'homme ». Ce qui nous importe au fond c'est qu'une telle démarche aboutisse à ce que les devoirs économiques et sociaux nécessaires à la jouissance des droits fondamentaux (civils et politiques) par la personne puissent être pris en compte par les juges. Cela étant, il ne s'agit pas d'un chemin de croix pénaliste et civiliste pour n'avoir pu trouver mieux ailleurs. Le droit pénal organise les sanctions contre les atteintes à la dignité de l'être humain, qu'elles soient portées contre son intégrité physique et morale ou contre ses libertés individuelles et sa personnalité. Le droit de la famille (comme branche du droit civil) organise les règles de la vie familiale et

(9) MUTOY MUBIALA, « Le protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif à l'institution d'une cour », *Droits de l'homme*, n° 4, automne 1998, pp. 27-30.

(10) A.-D. OLINGA, « L'aménagement des droits et libertés dans la constitution camerounaise révisée », *Revue Universelle des droits de l'homme*, 1966, pp. 116-126.

garantit les droits civils de ses membres. C'est donc, à juste titre, dans la protection judiciaire de ces droits qu'il faut aborder le problème des devoirs sociaux et économiques nécessaires à une jouissance effective des droits fondamentaux de la personne. Le droit au développement de l'être humain devenant ainsi justiciable et effectif par une relecture du *corpus* juridique des droits garantis par les lois pénales et civiles. Sans doute, la rigueur du Code pénal ne saurait permettre de qualifier directement la précarité en tant que telle ; mais le juge pénal pourrait tirer le motif d'une situation de précarité pour rendre plus effective la protection des droits civils et politiques.

À partir de cette hypothèse initiale réajustée, j'ai élaboré une hypothèse particulière sur la vie familiale comme lieu d'exercice de droits fondamentaux, en particulier du droit au développement comme droit individuel de l'homme corollaire à sa dignité de personne humaine. Ce que les droits africains, en particulier le droit camerounais, appréhendent de la vie familiale comme lieu d'exercice des droits fondamentaux étant l'objet de notre étude, il ne s'agit donc pas d'opposer la « solidarité familiale africaine » et « l'individualisme occidental » – qui ne sont que des notions accommodantes – pour prétendre obtenir dans le filtre un nouveau droit de l'homme (droit au développement comme droit individuel) agrégé d'une effectivité et d'une justiciabilité. Il s'agit plutôt de rechercher, en prenant appui sur le cadre familial (base de la société), les moyens d'une effectivité des droits déjà proclamés et garantis et dont les déficiences économiques et sociales ne favorisent pas la jouissance par l'individu, mettant ainsi sous le boisseau le droit au développement. La vie familiale implique que les tiers, personnes publiques ou privées, s'abstiennent de s'ingérer dans les relations de famille que les membres de celle-ci peuvent entretenir entre eux, sauf si pareilles ingérences se révèlent justifiées dans l'intérêt de la famille ou de la société. Le discours juridique sur la vie familiale considérée comme un enclos privé est certes légitime et fondé – mais cette acception est une incomplétude en Afrique. La protection du modèle africain de la vie familiale ne peut pas se limiter à la protection de l'intimité du cercle familial (assimilée à la vie privée) contre les intrusions des tiers, personnes publiques ou privées, qui ne serait que source d'obligations négatives de non-ingérence. Elle doit s'étendre aux formes de la famille et aux relations entre ses membres, ce qui implique des obligations positives de l'État de mettre en œuvre les dispositions concernant le statut de la famille elle-même, les relations entre ses membres et la condition respective de ses membres parfois dressés les uns contre les autres au nom de leurs propres aspirations individuelles (11). Cela est d'autant plus fondamental que nous sommes dans des contextes juridiques peu élaborés

(11) D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la convention », dans *L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme*, colloque de Montpellier, mars 1998, sous la direction de F. SUDRE, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 133-174.

sinon inachevés (12). Les problèmes que les simples règles du droit successoral pourraient régler en Europe par exemple donnent lieu à des scènes pathétiques en Afrique à cause des lacunes ou des vides juridiques. Pour qui fréquente les tribunaux en Afrique, comment parler d'une quiétude dans la vie conjugale dès lors qu'une Cour suprême déclare que « les relations sexuelles extra-conjugales du mari sont, dans un mariage polygamique, assimilables à des recherches en vue de contracter de nouveaux mariages » ? (13) Par conséquent, la protection de la vie familiale et de la vie privée est incomplète tant qu'elle n'est organisée que contre l'intrusion des tiers laissant ainsi le champ à une impunité familiale qui brise les aspirations et les libertés individuelles (14). Il s'agit donc de mettre à jour les devoirs sociaux et économiques qu'implique une protection effective de la vie familiale comme moyen de réintroduire le droit au développement en tant que droit individuel et justiciable dont le débiteur est l'État. Enfin, il est fondamental d'avoir à l'esprit qu'une approche précautionneuse et actualisée de la notion de « développement » et de celle de « la vie familiale » s'imposent dans les contextes africains.

B. – *Intelligibilité incertaine de la vie familiale
dans le contexte africain*

La famille au Cameroun – pas plus qu'ailleurs – se caractérise par l'instabilité de ses contours. Elle est à la fois phénomène social et institution juridique. Comme phénomène social, la famille est un groupe naturel dans la société, qu'on la nomme cercle, cellule ou groupe, la famille constitue la base de la société. Sous ce rapport, la famille n'est pas objet direct d'étude juridique, mais la connaissance de ce fait intéresse le droit familial. Comme institution juridique, la famille est un groupe spontané et organisé. Le droit le consacre et en fait une institution, constituant d'ailleurs l'un des principaux piliers de l'ordre social (15).

(12) J. VANDERLINDEN, « À propos de la création du droit en Afrique. Regards d'un absent », in *La création du droit en Afrique, op. cit.*, pp. 11-40; G. CONAC, « Les politiques juridiques des États d'Afrique francophone aux lendemains des indépendances », in *Mélanges G. Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, pp. 141-161.

(13) Cour Suprême (Congo), arrêt du 16 avril 1971 (inédit).

(14) Article 323 du Code pénal camerounais.

(15) S. MELONE, *La parenté et la terre dans la stratégie de développement — L'expérience camerounaise*, éd. Klincksieck, Paris 1972; M. NKOUEUNDJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, Paris, L.G.D.J., 1975; P.-G. POUGOUE, *La famille et la terre : Essai de contribution à la systématisation du droit privé au Cameroun*, Thèse d'État, Bordeaux 1977; Ministère des Affaires sociales et de la Condition féminine, *Séminaire national sur la famille camerounaise*, Yaoundé 21-25 mars 1988; Ministère des Affaires sociales / Société africaine de culture, *Colloque sur la famille en Afrique*, avril 1987, Yaoundé.

1. *Perceptions socio-culturelles de la vie familiale en Afrique*

La vie familiale suppose tout naturellement l'existence des liens de famille par lesquels l'individu a un statut anthropologique et un vécu sociologique (16). La question de savoir dans quelles limites on peut circonscrire la vie familiale fait difficulté en Afrique. Le cercle familial y est agrégé d'une flexibilité qui défie toute rationalisation ou toute construction intellectuelle. La part due à l'affection, au bien-être collectif, aux raisons économiques et sécuritaires, à la sorcellerie, à la grandeur et au prestige du clan ou de l'ethnie domine toutes les prétentions juridiques à vouloir délimiter la famille. Le cercle familial s'inscrit donc dans une diversité de réalités sociales et culturelles dont la rationalité juridique moderne n'épouse que difficilement les contours.

Même s'il ne s'agit pas ici de reprendre le débat théorique des acceptions sociologiques de la famille, il m'a semblé cependant nécessaire de préciser les termes qu'on utilise car, lorsqu'on parle de « vie familiale », et plus encore de « famille africaine », il y a une multiplicité des approches possibles. Qui plus est, le terme est chargé de connotations affectives et symboliques. Il renvoie inévitablement à l'expérience politique et historique de chaque société, à des conceptions morales, voire à ses stéréotypes concernant les familles des autres sociétés. C'est particulièrement vrai dans le cas des familles africaines, tantôt vantées exagérément pour l'exercice de la solidarité oppressante, tantôt stigmatisées pour raison de polygamie, de résistances au changement ou de frein au développement de l'individu (17). La description faite en 1948 par Sœur Marie-Andrée de Sacre-Coeur est édifiante : « L'organisation familiale proprement dite est viciée à sa base. La famille n'est pas fondée sur le mariage; elle est un agglomérat d'individus, unis par les liens du sang, qui doivent contribuer au développement de leur groupe familial. Notre expression courante : 'fonder une famille' n'a aucun sens dans le droit coutumier africain » (18). Le propos est à situer dans le contexte de l'époque. Il éclaire cependant sur les conceptions dominantes du modèle familial africain. La famille africaine est conçue en effet non seulement comme source du bien-être collectif et individuel, mais aussi comme support de valeurs sociales et culturelles symboliques d'un certain statut de l'homme en société (19). La vie familiale normale est considérée comme une condition indispensable de l'épanouissement de la personne humaine et de l'affirmation de sa dignité; elle est aussi le lieu d'apprentissage et d'exercice des règles de vie commune en société, en particulier celles qui permettent

(16) P. TITI NWEL, « Droits de l'homme et conceptions culturelles de l'homme », *Cahiers de la quinzaine de Yaoundé*, n° 5, Département de droit Canonique, P.U.C.A.C., Yaoundé, 1997.

(17) G. NDING. A, « De la dignité individuelle en Afrique », in *Dignité humaine en Afrique. Hommage à Henry de Decker*, Cahier de l'U.C.A.C., n° 1, P.U.C.A.C., Yaoundé 1996, pp. 73-81.

(18) Citée par Michel LEGRAIN, *Mariage chrétien modèle unique?*, Chalet, Paris, 1978, p. 54.

(19) Article 18, § 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

un mieux vivre en commun fondé sur le respect de la dignité inhérente à chaque personne humaine. L'institution familiale africaine joue donc un rôle fondamental dans la transmission des normes et valeurs qui régissent les comportements individuels et les pratiques collectives. Selon l'âge du chef de famille, la famille – souche, véritable ménage à géométrie variable, passe d'une structure complexe à une structure élargie, puis nucléaire. La cohabitation des jeunes couples avec les parents constitue actuellement le trait le plus distinctif de la vie familiale en Afrique à cause de la précarité et du chômage. Le droit de fonder une famille et de vivre une vie familiale et privée normale ne devient possible dans ces conditions que par une satisfaction du droit de disposer d'un logement décent (20). Chaque société, en permanence, accumule des savoirs et des expériences, réajuste des règles pour répondre ou résister à des changements politiques et sociaux modifiant ainsi les « institutions familiales ». Celles-ci se traduisent par des modes de vie familiaux particuliers. Ainsi, dans le contexte africain de la vie familiale, la solidarité s'exerce à l'égard des membres d'une famille très étendue. Elle ne s'arrête pas aux frontières d'une unité domestique. Tous les individus peuvent avoir recours aux autres membres de leur famille, jusqu'à un niveau de parenté assez éloigné. Une des formes de solidarité les plus courantes est l'accueil d'enfants d'une autre famille biologique, l'accueil des migrants ou la prise en charge d'un parent momentanément démuné. En ville, actuellement ces formes de solidarité sont sollicitées à l'extrême et arrivent à leurs limites (21). La solidarité, rendue « obligatoire » par la nécessité, est renforcée par un *corpus* de croyances et d'interdits. Ce système idéologique, constamment réactualisé par l'éducation transmise aux enfants, a, certes, une très grande efficacité, mais il faut admettre qu'il a aussi des effets négatifs, notamment celui de faire passer les aspirations des individus bien après les objectifs de survie et d'expansion des groupes familiaux étendus (22). Par le contrôle social qu'il exerce sur l'individu, le modèle de la famille africaine a tendance « à étouffer toute spontanéité et tout esprit d'initiative » entravant ainsi la personnalisation et la liberté nécessaires à l'épanouissement de chaque membre (23). Dans des sociétés où les placements des enfants auprès des organismes d'État n'existent presque pas – et ne sont pour l'instant pas culturellement concevables ni économiquement possible – la question se pose plutôt en termes de relations interpersonnelles entre les membres de la famille pour l'éducation de l'enfant ou la garde de l'en-

(20) B. GUIMDO, « Le droit au logement au Cameroun », in *Dignité humaine en Afrique. Hommage à Henry De Decker*, op. cit., pp. 187-200.

(21) T. LOCOH, *Familles africaines, populations et qualité de la vie*, Dossiers du C.E.P.E.D., n° 31, Paris, mars 1995.

(22) R. DENIEL, *Femmes des villes africaines*, I.N.A.D.E.S., Abidjan, 1985, pp. 146-147.

(23) *Pro Mundi Vita* (1976), Dossier « Vie de famille et mariage des chrétiens en Afrique subsaharienne », p. 40.

fant (24). La prise en charge d'enfants accueillis peut aussi être un moyen détourné pour des adultes peu scrupuleux de s'approprier une main-d'œuvre enfantine à peu de frais. Le problème de la servitude domestique des enfants comme atteinte à leur dignité est une question nécessairement liée à la vie familiale. Les plus défavorisées sont surtout les jeunes femmes. Dépendantes des hommes de leurs familles ou de leurs époux, elles le sont aussi des femmes qui sont leurs aînées : les belles-mères, notamment, ont droit aux prestations de leurs belles-filles pour le travail domestique et éventuellement pour l'activité aux champs. Les jeunes femmes sont tiraillées entre tant d'obligations multiples que leur disponibilité pour s'occuper de leurs jeunes enfants peut en être affectée. S'il faut ajouter à ce calvaire, la fameuse coutume du « droit de correction » (25) (Ses auteurs affirment que « la coutume suivie par la jurisprudence admet le principe du droit de correction (droit à la bastonnade) du mari sur la femme, à condition qu'il ne soit exagéré. Par contre lorsque la femme frappe son mari, les tribunaux considèrent qu'elle est l'auteur des violences, sans aucune alternative »), on ne peut que croire à la nécessité d'une amélioration de la protection de leurs droits civils comme moyen de sortie de la précarité.

Avec la pression de la précarité, les filets de la solidarité se déchirent. Les familles urbaines « épargnent » les personnes âgées dans les enclos familiaux. Les pensions ne sont plus régulièrement payées (on assiste à des grèves de retraités avec des issues dramatiques) en violation flagrante de l'article 18, § 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui souligne le droit à des mesures spécifiques de protection pour les personnes âgées en rapport avec leurs besoins physiques et moraux. Non seulement leur sagesse n'est plus de mise du fait qu'ils ont perdu leurs mises, mais le coût d'entretien de ces personnes âgées disloque certaines relations familiales. Le « vieux » ou la « vieille » devient ainsi un « colis » encombrant avec l'exiguïté des lieux d'habitation et la modestie des moyens de subsistance en ville. Les maisons de retraite n'ayant pas de cours, il y a fort à parier que les personnes âgées vivent leur indignité en silence derrière les portes closes des résidences familiales urbaines. L'effet est aggravant lorsqu'il y a situation de veuvage : malgré les idéaux de solidarité, d'aide et de protection qu'affichent les sociétés africaines, beaucoup de veuves n'ont guère de liens solidaires avec les membres de leur famille et de leur belle-famille (26). Étant donné l'inexistence des statistiques sur les transferts financiers au sein des familles en Afrique, il est impossible de savoir le nombre de veuves qui

(24) VIEUX-EYIKE, « La situation des droits de l'enfant au Cameroun », in *Dignité humaine en Afrique. Hommage à Henry De Decker*, pp. 215-232.

(25) M.-N. NDEMON, N.-C. NDKO, « Famille et législation. Expérience camerounaise », *Colloque sur la famille en Afrique, op. cit.*, p. 231.

(26) C. YUEGO, « La situation juridique du conjoint survivant au Cameroun », *Revue juridique africaine*, n° 2, Yaoundé 1990, pp. 17-44.

reçoivent, ou ne reçoivent pas, une aide familiale. La vie des veuves montre clairement pourquoi des politiques et programmes spéciaux sont nécessaires pour protéger les droits à la propriété des veuves, leur autonomie sociale, leur sécurité économique et leurs possibilités d'emploi. Les règles coutumières limitent leurs possibilités de choix en matière de résidence, d'héritage, d'emploi et de participation sociale. En outre, étant donné que le remariage est difficile pour ces veuves, la plupart d'entre elles passent le reste de leur vie sans compagnon. La solitude et la précarité transforment les fins de vie en drame infini. Même la mythique solidarité africaine commence à trouver ses limites face aux enjeux difficiles de la mondialisation et de l'universalité des modes de vie (27).

2. *Acceptions juridiques de la vie familiale en Afrique*

La notion de « vie familiale » est d'une intelligibilité incertaine dans le contexte africain. Si la notion de vie familiale, fondée sur les liens de famille, vise à prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires, en garantissant le droit au respect de la vie familiale, les instruments internationaux et les constitutions n'ont pas résolu la question de savoir dans quel cas on se trouve en présence d'une famille. Eu égard « aux contours mouvants de la notion » (28), ses traductions juridiques ne peuvent être donc que d'un maniement difficile en rapport avec les droits fondamentaux. La vie familiale, c'est la toile de fond d'une société. Image microscopique de la sociabilité, quiconque veut s'interroger sur le développement d'une société et de ses membres n'a qu'à interpeller les règles qui régissent la famille qui lui donneront des réponses appropriées. Lieu de prédilection d'entente ou terrain d'intrigues, la vie familiale est la vitrine où se juge la qualité des rapports existant entre les éléments d'une même société, et à tous les niveaux (politique, économique et social...). La vie familiale est un univers non seulement social où se façonne l'individu, mais aussi juridique où s'entremêlent des droits et obligations des membres du groupe familial. Cette préoccupation n'est pas spécifique aux contextes juridiques africains. Cependant, elle y prend un relief particulier au regard des bases juridiques et sociologiques de la famille africaine. La constitution des liens de famille implique d'autres éléments, parallèlement au consentement des mariés. C'est le sens communautaire qui est donné à la constitution de la famille en Afrique.

En fait, la famille africaine a toujours reçu un sens assez large : c'est-à-dire très étendu dans ce qu'on appelait le lignage. Et ce lignage lui-même gardait un droit virtuel sur tous les biens qui s'y transmettaient aux

(27) Jean-Didier BOUKONGOU, « Citadins et ruraux en Afrique face aux enjeux de la mondialisation », Colloque *Citadins et ruraux en Afrique au XXI^e siècle*, octobre 1998, *Cahier de l'U.C.A.C.*, n° 4, à paraître.

(28) J. VELU et R. ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 549.

membres de cette « famille ». La notion de famille a évolué et à l'heure actuelle la famille étendue, considérée sous l'angle du lignage, perd peu à peu de son importance comme institution. En revanche, la famille restreinte au ménage ou nucléaire prend de l'envol, en particulier dans les milieux urbains où le chômage et la précarité incitent à une gestion rigoureuse des moyens de subsistance disponibles. Il n'est plus rare de voir en ville un jeune couple vivre sans se préoccuper des « affaires du village ». En outre, les retards dans la rémunération mensuelle des fonctionnaires inclinent à une psychologie de la prudence dans tout éventuel engagement pécuniaire vis-à-vis des membres de la famille élargie. Le ménage (ou famille nucléaire) est le groupe que forment les époux avec les enfants vivant près d'eux. Bien qu'on ait coutume de dire que « l'enfant appartient à tout le village » par exemple, cette appartenance en elle-même est limitée dans les responsabilités. Si les grands parents ne sont plus corvéables à merci pour la garde des enfants, les oncles et tantes, jadis fontaines de bienfaits familiaux, souhaitent être de moins en moins sollicités financièrement par la multitude des neveux et nièces. Il serait de ce fait objectif de parler d'une implantation de la famille nucléaire au Cameroun. C'est ce sens conjugal du mot famille qui prévaut dans les dispositions des articles 212 et suivants du Code civil napoléonien de 1804 (encore en application au Cameroun). L'article 214 du même Code fait prévaloir également cette notion lorsqu'il réglemente la substance pécuniaire du ménage. Le législateur camerounais adopte d'ailleurs la même position à l'article 47 de son ordonnance du 29 juin 1981 ; attitude que l'on retrouve dans la répression des infractions contre l'enfant et la famille consacrée par le chapitre V du Code pénal camerounais.

Ainsi comprise et identifiée au ménage, la famille repose normalement sur le mariage et sur la filiation légitime qui en résulte. Ce qui ne reflète pas toujours la réalité. La famille ainsi définie est surtout conçue comme devant assurer l'avenir des enfants dans une communauté organisée. Nous l'apercevons avec le souci de rendre complexe et longue la procédure de divorce, — bien qu'il y en ait un nombre croissant —, et l'avortement bien qu'autorisé, est régleménté. Mais ces garde-fous juridiques oublient souvent la détresse matérielle des jeunes filles forcées de porter tout le poids d'une grossesse dans un contexte économique difficile.

Longtemps considérée comme un appareil de la reproduction biologique de l'espèce, la famille contient beaucoup d'autres éléments qui concourent au bien-être de la société ou de l'État : c'est un refuge de la vie privée, un lieu de gratitude et de liberté ; un milieu d'épanouissement, de développement et de préparation à la vie. Son importance dans l'État lui a valu un statut. Mais un statut difficile à légiférer. Les justifications de cette carence et de ce vide juridiques sont certes nombreuses, mais le point d'attache est l'excès de croyance aux coutumes, très diversifiées dans leur existence sur l'étendue du territoire camerounais. La puissance des coutumes ne fait pas

de doute au Cameroun. Depuis la colonisation, elle a toujours été source de difficultés. C'est elle qui fit obstacle à la transplantation intégrale des institutions occidentales au Cameroun. Ce n'est pas pour dire que les coutumes seraient intrinsèquement négatives. Mais l'accès au droit coutumier n'est pas facile et cette situation de faible publicité est souvent source d'une insécurité juridique déconcertante. En outre, avec les évolutions successives, certaines interprétations des coutumes sont loin d'être équitables; elles cherchent plutôt à conforter les privilèges qu'à dire le droit. L'excès de croyance aux coutumes a aussi fait en sorte que l'État mette toute sa confiance au chef de famille. Celle-ci devenant sacrée, imperméable et impénétrable compte tenu de son caractère sentimental. L'État n'a pas voulu troubler les paisibles familles; cercles desquels devaient éclore les citoyens de demain. Mais hélas rien n'est parfait, de mauvaises herbes ont commencé à pousser dans le cercle familial. Des abus, des excès ont commencé à prendre place dans les familles, entraînant des irresponsabilités, des inégalités, des misères. En effet, devant un héritage, les convoitises font rage. La famille du défunt, « couteau entre les dents » et pratiques de sorcellerie à l'appui, use de contraintes et de manœuvres sujettes à caution pour s'accaparer de tout l'héritage. Et, s'il y a par hasard une épargne, devenant le maître du décor, l'argent dictera aux uns et aux autres toutes sortes d'extravagances, de manigances et d'abus. Même, les légendaires dignité et solidarité africaines ne seront plus que de lointains souvenirs face à une bataille rangée, digne de l'âge de la pierre, entre d'un côté les enfants et les veuves (lorsqu'elles ne sont pas elles-mêmes comprises dans l'héritage), et de l'autre, les oncles et les tantes qui, se réclamant des coutumes – interprétées partiellement et partialement – au mépris du droit positif, voudront évincer frauduleusement de la succession les premiers, parfois en abandonnant les enfants à leur mère démunie de tout. Malgré la sévérité des textes, et parfois l'intervention des services de l'État, le réalisme incite toujours à des concessions réciproques âprement négociées; car l'intervention tardive du juge, sans compter les multiples obstacles dans l'exécution des décisions judiciaires, ne ramènera jamais un héritage dilapidé. L'État lui-même s'est vu ainsi en danger car les troubles familiaux secouent nécessairement les murs de ce dernier, causant l'effondrement de sa politique de la famille et l'érosion de sa légitimité sociale et politique. Les coutumes ont fait corps avec la mentalité locale, par conséquent, le législateur pour sa part a cherché à combler les vides juridiques et les lacunes coutumières par le maintien des dispositions du Code napoléonien, sans pour autant en mesurer les conséquences pratiques. Or la pratique montre que la vie familiale ne peut pas s'épanouir avec les interventions intempestives des tiers. Lorsque par exemple, les deux belles-familles se livrent quotidiennement à des disputes. Dans ce sens, le tribunal de paix de Kinshasa/Ndjili (RD. CONGO) a jugé le 18 avril 1998 que l'union conjugale s'est disloquée dans la mesure où « les rapports entre les familles des époux ont également été mauvais engendrant souvent des scènes d'in-

jure entre beaux-parents ou des bagarres entre beaux-frères et / ou belles-sœurs » (29). Aussi, la jurisprudence camerounaise actuelle a vite fait d'insérer la notion de « coutume évoluée » et celle de « raison écrite » pour justifier l'application dans certains domaines, tel celui des régimes matrimoniaux, des dispositions du Code civil (30).

En conséquence, la famille restant « le lieu le plus usuel des sensations à prédominance agréable qui retiennent l'homme, à tort ou à raison, dans la persévérance de l'être », (31) la notion de vie familiale a donc trait à l'existence d'un « tissu affectif » (32) entre deux ou plusieurs personnes soit par le biais du mariage (ou après celui-ci), soit par la filiation. Il ne s'agit pas d'une énonciation abstraite de catégories juridiques plus ou moins acceptées par les États africains dans le cadre de la constitutionnalité des principes universels des droits de l'homme et par leur adhésion tactique aux valeurs partagées et promues par tous les membres de la famille humaine au-delà de leurs déclinaisons culturelles respectives (33).

On peut ainsi simplement, à partir de la définition courante de la famille, la famille désignant couramment soit « l'ensemble des personnes qui sont unies par un lien de sang, qui descendent d'un même auteur commun », soit « le groupe restreint des pères et mère et de leurs enfants », soit enfin « l'ensemble des parents et alliés » (34), caractériser la vie familiale comme fondée sur le mariage, la filiation, l'adoption, la consanguinité et l'affection réciproque dans un cadre socio-culturel donné.

C. – *Interrogations à propos du droit au développement comme droit individuel de l'être humain*

Présenté comme le « père spirituel du droit au développement » (35), le juge Kéba Mbaye insiste sur le fait que ce droit est bien « collectif et individuel » (36). Le droit au développement dont l'origine serait « à la fois chré-

(29) *Revue de droit africain*, n° 8, 1998, p. 495.

(30) F. ANOUKAHA, « L'apport de la jurisprudence à la construction d'un droit de la famille au Cameroun », in *La création du droit en Afrique*, op. cit., pp. 409-419.

(31) J. CARBONNIER, *Flexible droit*, P.U.F., Paris, 1998, 9^e éd., p. 221.

(32) F. BOULANGER, « La vie familiale », in *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 109.

(33) L. SINDJOUN, « La civilisation internationale des mœurs · éléments pour une sociologie de l'idéalisme structurel dans les relations internationales », *Etudes internationales*, vol. XXVII, n° 4, Décembre 1996.

(34) G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F., Paris, 1998, p. 363

(35) J. MATRINGE, *Tradition et modernité dans la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 98. Toutefois, R.-J. DUPUY pense que c'est plutôt le cardinal Duval, l'archevêque d'Alger, qui l'a proclamé pour la première fois le 1^o février 1969.

(36) K. M'BAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Pédone, Paris, 1992, p. 185.

tienne, mieux catholique, et africaine » (37), fait l'objet de recherches et de débats fort nombreux qui ont abouti à un apaisement de la doctrine. Certes, il n'y a pas une épaisseur consistante dans l'effectivité et la justiciabilité de ce droit. Et certains n'y verraient que des aliments pour les rêveries de quelques juristes égarés aboutissant ainsi à une « fanfaronnade juridique » (38) coupée du réel juridique et planant au ciel des idées universellement à la mode. Mais, — cela n'est pas une nouveauté en la matière — il se trouvera (toujours) des juristes positivistes pour contester l'existence du droit dans une telle démarche » (39). Toutefois, comme le fait judicieusement remarquer Michel Levinet, il n'est pas question de méconnaître que le développement des peuples fait appel à d'autres processus (40). Cependant le juriste doit « faire preuve d'imagination pour tirer le plus grand parti des textes » déjà proclamés et dont personne ne conteste l'extrême urgence de les appliquer face aux situations de précarité. La vie familiale, quelque rayonnante que soit sa protection, n'aura aucun sens si elle doit se dérouler dans la misère et la crainte. Et c'est précisément là « la condition première d'une solution possible à la problématique des droits de l'homme et à leur avenir » (41). On admet ainsi le caractère globalisant du droit au développement : « on ne saurait opposer, dans l'absolu, communauté et individu. Craindre que la proclamation du droit au développement comme droit de l'homme conduise à l'absorption de celui-ci dans le groupe ou, inversement, que les droits de celui-ci soient affectés par l'intrusion de l'individualisme juridico-politique, c'est ignorer cette tension qui existera toujours entre les deux approches » (42). Il est donc admis que le développement fait partie des « droits fondamentaux » (43). Il s'agit d'un « droit prospectif visant en fin de compte l'épanouissement de la personne humaine » (44). Comme droit individuel, « le problème du titulaire ne se pose pas, pas plus d'ailleurs que celui du débiteur qui est naturellement son État. Celui-ci est responsable

(37) B. GUIMDO, « Droit au développement et dignité humaine », in *Les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 76.

(38) L'expression est empruntée à A. PELLET qui, à propos du droit international du développement, souligne l'illusion du développement par le droit (« Le 'bon droit' et l'ivraie — Plaidoyer pour l'ivraie », in *Mélanges C. Chaumont. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Pédone, Paris, 1984, p. 470).

(39) M. FLORY, « L'accès aux droits fondamentaux : le développement », in *Effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, AUPELF-UREF, 1994, p. 139.

(40) M. LEVINET, *op. cit.*, p. 44.

(41) J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, P.U.F., coll. « Que sais-je », Paris, 1996, 6^e éd., p. 123.

(42) R.-J. DUPUY, « Thème et variations sur le droit au développement », in *Mélanges Chaumont*, *op. cit.*, p. 273.

(43) M. FLORY, *op. cit.*, p. 133.

(44) P.-G. POUGOUE, « Lecture de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in *Droits de l'homme en Afrique centrale*, *op. cit.*, p. 42.

envers lui de l'activité interne et internationale qu'il mène dans l'ordre du développement. S'agissant d'un droit de l'homme, ce dernier doit d'une part être poursuivi dans le respect de la personne et d'autre part, aboutir à un état de chose qui permettra d'en jouir plus complètement encore » (45). Ce droit de l'homme est donc l'une des « prérogatives, gouvernées par des règles que la personne (physique ou morale) détient en propre dans ses relations avec d'autres personnes (physiques ou morales) ou avec le Pouvoir » (46). Cette définition du professeur Mourgeon est intéressante car elle montre bien que les droits fondamentaux ne concernent pas exclusivement les relations individu – État ; ils couvrent aussi les relations interpersonnelles. Or, le lieu privilégié pour observer les relations entre une personne et « d'autres personnes » c'est bien la vie familiale ; la famille étant « la cellule de base naturelle de la société ». On conçoit donc sans peine que le droit au développement de l'être humain comme corollaire de sa dignité puisse d'abord être revendiqué, et exercé, dans le cadre de la vie familiale. En effet, c'est la précarité qui pourrait inciter à exiger une dot exorbitante ou bien à forcer une jeune fille à épouser un « vieillard » contre son gré. L'infanticide s'explique parfois par la misère sociale des jeunes mères qui ne savent pas où trouver à manger dès lors qu'elles sont abandonnées par la famille à cause de la grossesse. L'éducation des enfants est entravée parce que ces derniers doivent travailler pour trouver avec quoi se nourrir et se vêtir. Les liens de familles se disloquent très facilement dans la précarité d'où naissent le plus souvent les « dictatures » maritales. De ce fait, la protection de la vie familiale doit prendre en compte les conditions matérielles d'existence de la famille et de ses membres. En méconnaissant celles-ci, la protection de la vie familiale ne peut être que sans prise réelle sur l'existence concrète des individus qui forment la famille.

Si le développement recouvre l'intégrité physique de la personne et son bien-être social, il concerne aussi le développement de sa personnalité dans le respect de l'identité culturelle. La personne humaine qui aspire au développement de son être n'est pas un individu isolé ; c'est un être social qui ne bénéficie pas du même statut juridique, anthropologique et sociologique partout dans le monde. Le discours sur la dignité inhérente à la personne humaine et sur l'universalité des droits de l'homme ne serait qu'une vaine rhétorique si l'on ne se préoccupe pas de regarder ses manifestations dans les diverses aires politiques, sociales et culturelles.

L'individu trouve dans la famille, base naturelle de sa communauté et de l'État, un supplément de durée de sa propre vie, une lueur d'éternité. C'est la fonction spirituellement compensatoire de la vie familiale en Afrique : en

(45) R.-J. DUPUY, *op. cit.*, p. 272.

(46) J. MOURGEON, *op. cit.*, p. 7.

créant une famille, chaque africain, homme et femme, s'accomplit lui-même et accomplit ses devoirs vis-à-vis de sa communauté.

II. – VIE FAMILIALE ET EXISTENCE CONFORME À LA DIGNITÉ HUMAINE

La vie familiale en Afrique est-elle le lieu d'exercice et d'épanouissement des droits fondamentaux, en particulier s'agissant de l'exercice du droit au développement ? La réponse à cette interrogation passe par un examen des normes et des pratiques susceptibles de faire l'objet de quelques observations sur la vie familiale en Afrique.

A. – Normes

En Afrique, admettre l'intrusion du droit « moderne » dans la famille est une nouvelle donne juridique qui a eu besoin pour se réaliser d'une acceptation de l'idéalisation du droit positif caractérisée par la prééminence des règles internationales relatives aux droits humains. Pour autant, cette régulation juridique de la vie familiale se heurte à des résistances culturelles qui ne pouvaient être initialement toutes prévues. Avec le développement industriel et l'exode rural, les fonctions traditionnelles de la famille africaine ont subi des dégradations importantes. Il est vrai que, dans sa fonction de protection sociale, de refuge contre la maladie et la vieillesse, la famille est largement concurrencée par la sécurité sociale étatique. Cependant, on ne peut pas parler de substitution complète, car les États africains sont traditionnellement des assureurs médiocres, toujours en retard, et beaucoup de retraités seraient mal en point sans leurs familles. Même les assureurs privés ne sont pas exempts de ce vice en Afrique.

Un grand nombre d'États africains ont, à ce jour, reconnu ou adhéré aux principaux instruments internationaux relatifs aux droits humains. L'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme affirme la liberté de « fonder une famille ». L'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques définit la famille comme « l'élément naturel et fondamental de la société », méritant à ce titre une protection de la société et de l'État. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, sans mentionner le concept de « vie familiale », garantit néanmoins une protection à la famille qu'elle qualifie d'élément naturel et de base de la société (article 18). La *Déclaration de Dakar / Ngor* sur la population, la famille et le développement durable, adoptée par la troisième Conférence africaine sur la population (7-12 décembre 1992), en instituant la famille en tant que « composante essentielle du tissu économique et social », a souligné les « droits et des responsabilités de tous les membres de la famille » et la prise des « mesures qui s'imposent pour protéger la famille des situations de

détresse et de la désintégration ». Ces principes ont été réaffirmés à Tunis (13-15 juin 1994), lors de la trentième session ordinaire de la Conférence des chefs d'États et de gouvernement de l'O.U.A. Le paragraphe 12 des principes et objectifs de la Déclaration sur la population et le développement en Afrique précise : « Nous réaffirmons les droits et les responsabilités des individus et des familles à participer aux décisions qui affectent leur bien-être » (47).

Dans la plupart des États d'Afrique centrale, est affirmé dans la Constitution le droit de la famille à une protection spéciale. C'est le cas du préambule de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 : « La nation protège et encourage la famille, base naturelle de la société humaine » ou de l'article 14, § 1 de la Constitution gabonaise du 26 mars 1991 (révisée) : « La famille est la cellule de base naturelle de la société, le mariage en est le support légitime. Ils sont placés sous la protection particulière de l'État ». La Cour suprême du Cameroun, dans un arrêt du 18 janvier 1979, a souligné que « lorsque la constitution camerounaise, dans son préambule, proclame que la nation protège et encourage la famille, base naturelle de la société humaine », elle vise non pas les unions libres, mais les familles légitimement constituées. En l'espèce, elle a cassé un arrêt d'une cour d'Appel qui avait désigné un enfant naturel comme « héritier principal » conformément à la coutume des parties au motif qu'une telle décision était de nature « à apporter du désordre au sein de la famille intéressée et par conséquent (susceptible) de troubler la paix sociale » (48). On peut donc penser qu'avec la constitutionnalisation des normes internationales des droits de l'homme, elles auront un impact beaucoup plus grand qu'elles ne l'ont eu à ce jour (49). Au Cameroun, plusieurs textes législatifs font concurrence en matière de protection de la vie familiale. Mais c'est le Code pénal qui énonce expressément, dans le chapitre V de son Titre III, une protection contre les atteintes sur l'enfant et la famille, susceptibles de troubler la quiétude d'une vie familiale normale. Ces incriminations portent sur l'avortement (article 337), les violences sur une femme enceinte (article 338), l'infanticide (article 340), l'atteinte à la filiation (article 341), l'esclavage et la mise en gage (article 342), la prostitution (article 343), la corruption de la jeunesse (article 344), la violence sur les enfants (article 350), les violences sur ascendants (351), l'enlèvement des mineurs (352), le mariage forcé (article 356), l'exigence de la dot (article 357), l'abandon de foyer (article 358), la bigamie (article 359), l'inceste (article 360) et l'adultère

(47) O.U.A., AHG / Decl.4 (XXX)

(48) S. MELONE, « Le droit successoral camerounais : étude de jurisprudence, premières tendances », *Revue camerounaise de Droit*, n^{os} 17-18, Yaoundé 1979.

(49) J.-D. BOUKONGOU, « Le droit international des droits de l'homme : mirage ou protection juridique? », *Annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques*, Université de Dschang, Tome 1, vol. 1, AES, Yaoundé 1997, pp. 102-120.

(article 361). Quant à l'ordonnance du 29 juin 1981, elle détermine les conditions de formation des liens de famille, la vie du couple, la dislocation des liens familiaux et les conséquences sur la vie familiale (50). Cependant, il ne suffit pas de décrire les garanties de la vie familiale ; il est tout aussi important de vérifier l'application dans les pratiques.

B. – *Pratiques*

Si l'on veut se loger en ville, si l'on cherche une terre à exploiter au village, rien de plus efficace que d'avoir dans sa parenté un propriétaire. En ce point, comme en bien d'autres, le cercle familial est toujours perçu comme la première fontaine d'avantages économiques et sociaux. Au-delà des qualifications requises ainsi que de l'abnégation dans l'attente d'un emploi, avoir un parent « haut placé » est un levier non négligeable dans la course à l'emploi. Les jeunes africains à la recherche d'un emploi n'y trouveraient rien à redire. Mais, la famille ce n'est pas toujours un lieu de douceur et d'affection renouvelées. C'est aussi un univers où tout ce que l'on a pu patiemment construire avec amour au cours de sa vie pourrait s'écrouler devant le juge du divorce. C'est aussi également le terrain des revendications exagérées en matière de successions ou – c'est le plus grave – le lieu de bastonnades quotidiennes. On aurait tort de croire que les « paisibles familles » sont toujours des familles en paix. Ce n'est pas une surprise à Yaoundé que de retrouver les affaires d'un dame devant l'entrée de la résidence familiale ou de la retrouver entre les mains d'un dentiste pour réparer les abus domestiques de la nuit. Les enfants se retrouvent tantôt embarqués vers un retour au village natal sans tenir compte de leur scolarité – tantôt ils deviennent otages des querelles parentales interminables. Le linge sale se lavant en famille, la justice ne peut être que faiblement sollicitée pour protéger le déroulement d'une vie familiale normale.

Mais, lorsque l'on aborde la problématique de la vie familiale, il est de coutume de s'interroger sur les relations famille – État ou famille – société sous l'angle de la protection que requiert une « vie familiale normale ». La sempiternelle quête d'un univers apaisé pour les familles pourrait faire oublier le bouillonnement des querelles intra – familiales quotidiennes. La question est toujours posée en termes d'ingérence dans la vie familiale. La famille, eu égard à sa nature de « cellule vitale de la société », (51) est donc appréhendée comme un cocon protégé par l'État de droit. Si cette lecture n'est pas fautive dans le cadre des structures juridiques « occidentales », elle se révèle partielle dans les contextes juridiques africains. Non pas que le juge européen n'ait pas eu à évoquer la protection à l'intérieur de la famille

(50) P.-G. POUGUE et F. ANOUKAHA, « Législation comparée : Cameroun », *Notarial formulaire*, fascicules 1, 2, et 3, Editions du Jurisclasseur, 1996.

(51) F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil : Les personnes*, Dalloz, 6^e éd, p 230.

(effet horizontal de la convention européenne) (52); mais, parce que ces questions trouvent souvent leurs solutions devant les juges internes, alors qu'en Afrique les lacunes du droit ne permettent toujours pas une jurisprudence ferme en matière civile ou pénale sur les problèmes de la famille.

La vie familiale en Afrique apparaît toujours, et selon ce qui est largement écrit, comme un lieu où s'exercent une forte prégnance du groupe sur l'individu (53). Si ailleurs la protection de la vie familiale se limite aux problèmes des immigrés, au regroupement familial, au placement des enfants par l'autorité publique, à la relation filiale, au respect de l'intimité et à la non ingérence de l'État dans la vie privée des individus, en Afrique d'autres préoccupations s'y ajoutent compte tenu des déclinaisons culturelles particulières (pour autant, cela ne veut pas dire que ces questions y soient sans importance). D'une façon générale, on constate la difficulté de protéger les droits fondamentaux des personnes dans la sphère privée, justement celle dans laquelle ils sont particulièrement menacés. Une protection efficace suppose, en effet, une intervention positive de l'État pour sanctionner les bastonnades subies par les femmes à l'intérieur de leur propre famille. C'est le lieu de souligner le courage du Tribunal de Première Instance de Douala qui n'a pas hésité à sanctionner le fameux « droit de correction » que l'homme détiendrait traditionnellement sur son épouse. Le juge souligne qu'il « ne saurait justifier des atteintes graves et caractérisées à l'intégrité physique de la femme. Le foyer conjugal n'est pas soustrait à l'emprise de la loi pénale, qui peut s'y infiltrer en cas de besoin » (54). Il serait ici fastidieux de s'étendre et d'énumérer toutes les situations relatives aux mariages forcés et dissimulés sous les parures de la coutume. Le droit de « fonder une famille » est annihilé par l'emprise de la famille sur l'individu. Aussi le choix du conjoint s'écarte difficilement des « suggestions » pressantes du chef de famille ou des parents.

Certes, le droit au respect de la vie privée et familiale implique d'abord une abstention de l'État qui s'interdit d'intervenir dans ce domaine. Mais la garantie de l'exercice des droits fondamentaux dans la vie familiale suppose donc que le droit positif organise un certain équilibre, voire une certaine hiérarchie entre les différentes libertés protégées. La protection des droits de l'individu dans son cercle familial justifie ainsi une intervention de l'État dans le champ de la vie privée et familiale, pourtant traditionnellement à l'abri d'une telle ingérence. Pire, l'abstention du droit international des droits de l'homme dans ce domaine apparaît d'autant plus grave que, contrairement à ce que soutiennent certains auteurs, la Convention des

(52) M. LEVINET, *op. cit.*, p. 58.

(53) Y. MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 122.

(54) T.P.I. de Douala, Jugement n° 1026/cor du 21 novembre 1991, Affaire *Ekani Gabriel* (inédit).

Nations Unies contre la torture n'est pas applicable en l'espèce, puisqu'elle définit la torture comme une souffrance physique ou morale infligée par l'autorité publique ou avec son consentement. Tel n'est pas évidemment pas le cas des atteintes et violences au sein de la famille (55). Sur le plan interne, certes c'est grâce au droit pénal que le mot famille apparaît dans la législation camerounaise. Toutefois, il y a lieu de faire remarquer que ces dispositions du Code pénal ne sont que partiellement satisfaisantes si l'on tient compte de l'importance de la famille, de son contenu et du rôle qu'elle a à jouer dans la société. A la lecture des articles réprimant tel ou tel acte posé contre la famille, l'on sent que le législateur considère la famille comme un cercle fermé, dans lequel il ne faut pas mettre « ses deux pieds ». Ne sont incriminés que des faits suffisamment graves. Comme si on échafaudait consciemment ou inconsciemment une échelle de la précarité et de la violence au sein de la famille ou contre la famille. Les mauvais traitements intérieurs que peuvent subir soit l'enfant, soit la mère, soit le père, demeurent en quelque sorte impunis. Par exemple, il n'y a point de vol entre époux dispose le Code pénal à cause de l'existence de l'immunité familiale (article 323 du code pénal camerounais). En cas d'abus de l'un ou de l'autre conjoint, la famille connaîtra un danger, mais personne ne sera sanctionnée. Il est évident que certains maris, sous le bénéfice de cette immunité familiale, se transforment en vrais prédateurs de la trésorerie laborieusement acquise de leurs épouses, sans excuses. C'est un tort que de mettre le droit de propriété sous le boisseau au sein de la famille, car la filouterie (en particulier celle du mari) porte atteinte aux efforts de la femme de se constituer une épargne domestique. De surcroît, certains enfants n'hésitent pas à dilapider les économies de la famille sans être inquiétés. Certes, il s'agit du linge sale qui se lave en famille; mais le droit devrait laisser à la victime le choix de considérer de tels actes comme du linge sale, surtout lorsque la précarité incite à des habitudes de consommation prudentes. D'autre part, certaines infractions ne sont punies que relativement à l'âge de la victime ou à la qualité de l'auteur de cette infraction par rapport à la victime (on pense ici à l'infanticide) ou même selon la volonté de l'auteur de l'infraction (c'est le cas de l'avortement, ou celui de l'adultère). Les notions d'insuffisance et d'incohérence n'épargnent guère le droit pénal, le souci du juriste va grandissant lorsqu'il constate que ces dispositions légales sont en majorité mal appliquées et non suffisamment appuyées. Parfois, une juridiction condamne avec sursis une personne adulte qui viole un enfant de deux ans ou de quatre ans. Souvent aussi, les décisions de pension alimentaire ne sont pas exécutées malgré l'intervention des services des affaires sociales. Le pire est que l'action judiciaire en tant que telle ne peut avoir des effets exécutoires que sur les salariés. On voit mal un riche planteur de cacao qui verse-

(55) R. LETTERON, « Les droits des femmes entre l'égalité et l'apartheid juridique », dans *Mélanges Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Pédone, Paris, 1998, p. 292.

rait une pension alimentaire à une femme séparée de lui à la suite d'un jugement de divorce; il trouvera préférable de réunir cette somme d'argent et de se livrer à des nouvelles conquêtes. La réalité commande parfois de régler cette question à l'amiable à l'abri des oreilles judiciaires.

Les coutumes africaines en général, et camerounaises en particulier, sont marquées par l'emprise du groupe social sur l'individu. La situation de la veuve est aussi une illustration intéressante de ce fait culturel. En effet, au décès du conjoint, « l'emprise de sa famille trouve son expression dans une application déformée ou trop rigoureuse des rites de veuvage et la spoliation totale des veuves. On a ainsi pu constater que les parents, les oncles et frères du *de cuius* se disputent les veuves, les orphelins et les biens au détriment des conjoints survivants » (56). Ainsi certains héritiers feignent d'oublier volontairement l'esprit et les procédures des coutumes; ils déshumanisent ainsi cruellement les pratiques coutumières et sociales afin d'assouvir leurs intérêts personnels au détriment de la cohésion du groupe familial. De telles situations aboutissent soit à des palabres interminables, soit à une violence déstabilisatrice de la vie familiale. Les personnes qui interviennent dans les successions évoluent dans un contexte juridique inorganisé, où s'appliquent plusieurs droits en conflits, même si le législateur camerounais a choisi l'option d'une morale libérale en droit de la famille, caractérisée par la limitation des pouvoirs des autorités coutumières sur l'individu. La reconnaissance de la vocation successorale de la veuve et des enfants est donc une conséquence logique de l'évolution des mœurs et des mentalités. C'est donc à juste titre que le TPI de Douala (jugement du 8 août 1990) réaffirme dans une affaire opposant une tante à ses neveux que : « Dame Monkam, sœur cadette de leur feu père, ne peut hériter des biens laissés par le *de cuius*, alors que les héritiers légitimes sont vivants ». Il en est de même du *lévirat*. Malgré les justifications que l'on a essayé d'apporter (57), l'article 77 de l'ordonnance du 29 juin 1981 énonce qu'« en cas de décès du mari, ses héritiers ne peuvent prétendre à aucun droit sur la personne, la liberté ou la part de biens appartenant à la veuve qui, sous réserve du délai de viduité de 180 jours à compter du décès de son mari, peut se remarier librement sans que quiconque puisse prétendre à aucune indemnité ou avantage matériel à titre de dot ou autrement, soit à l'occasion de fiançailles, soit lors du mariage ou postérieurement ». Cette liberté est un droit que la Cour suprême a toujours réaffirmé. La veuve et ses enfants se dissocient de la famille du *de cuius*, pour former un groupe autonome. Cependant, on peut s'interroger sur l'efficacité de l'autonomie de ces personnes qui vivent dans un environnement où les problèmes matériels sont encore importants. Il y a lieu de craindre que la précarité ne constitue un obstacle considérable à l'obtention des résultats escomptés par le législateur. Ce danger est réel, surtout en

(56) C. YOUNGO, *op. cit.*, p. 18.

(57) P.-G. POUGOUÉ, *Thèse précitée*, p. 149.

milieu rural où les coutumes sont particulièrement vivaces et où les veuves ne sont pas informés sur leurs droits. Aussi a-t-on pu constater que dans les conditions ainsi décrites, beaucoup de veuves subissent encore passivement le lévirat et toutes les contraintes coutumières afin de se procurer les moyens de subsistance pour elles-mêmes et les enfants. Cela montre que les textes ne peuvent produire leur entier effet que s'ils sont accompagnés de mesures tendant à assurer l'encadrement matériel et moral des veuves. Au regard de ces pratiques, il y a lieu de formuler quelques observations sur l'exercice des droits fondamentaux dans la vie familiale en Afrique.

*

La problématique de la vie familiale en Afrique comme lieu d'exercice des droits fondamentaux m'amène à formuler en définitive trois observations terminales. *Premièrement*, la recherche sur ce point se heurte en Afrique à une indétermination du concept de famille et à un oubli fâcheux de la notion de « vie familiale » dans la plupart des textes nationaux. On pourrait certes s'en remettre aux rares dispositions sur la violation de domicile, la violation de correspondance, sur le droit du mariage, pour cerner ce que l'on pourrait entendre par la protection de la vie familiale. Mais il serait préférable que les États africains, et le Cameroun en particulier, puissent adopter des législations qui garantiraient expressément le droit à une vie familiale normale.

La deuxième observation est qu'il ne suffit pas de proclamer les droits, même dans des textes de valeur constitutionnelle ou internationale, pour qu'ils trouvent leur effectivité. Le secours de la loi, pour les organiser, et de la jurisprudence, pour en interpréter le contenu concret et les limites, est indispensable. En outre, l'exécution des décisions de justice est aussi une garantie de l'État de droit et de respect de la dignité humaine. On conçoit donc que de grands textes fondateurs, tels que les Pactes de 1966 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, imposent aux États non seulement des obligations négatives de non ingérence dans la vie familiale, mais aussi des obligations positives justifiant l'élaboration des mesures ou des réformes propres à favoriser l'exercice des droits fondamentaux au sein de la famille, si tant est que la famille elle-même bénéficie d'une protection adéquate vis-à-vis des tiers. L'homme n'est pas seulement fait pour vivre, mais pour vivre bien ainsi qu'Aristote le définit comme étant une tâche politique. La base philosophique des droits de l'homme doit être vue non pas simplement comme une tentative de prévenir les abstractions utopiques et idéologiques de devenir des modèles pour les hommes d'aujourd'hui et pour les sociétés de demain, mais aussi elle doit être considérée comme étant une déclaration de la vérité concernant les éléments constitutifs de la personne humaine et de l'origine de cette vérité. Ainsi, « pour les victimes de la misère, de la faim, de la maladie, la mise en œuvre de toutes les

libertés n'est qu'un mythe. Elle se heurte à des impossibilités insurmontables. L'acte libre est impossible pour ceux dont les besoins fondamentaux ne sont pas satisfaits. Mais qui peut les satisfaire ? Les initiatives privées, la solidarité sociale n'y suffisent pas. Seuls les pouvoirs publics peuvent disposer des moyens et des ressources nécessaires pour y faire face » (58). La troisième observation est que l'inextricable broussaille des sources du droit en Afrique rend ardue la compréhension de la problématique étudiée. En ce qui concerne les coutumes, dans la plupart des cas, elles sont méconnues par les « fabricants » des lois – elles demeurent donc véhiculées par l'oralité. Or, elles continuent à régir la majorité des populations des campagnes où elles représentent largement les seules règles juridiques connues. Le droit écrit par contre est beaucoup plus le résultat du refus d'une inféodation juridique et politique que l'aboutissement d'un processus de fabrication rationnelle. La compréhension du droit de la famille, dans toute sa mesure, ne peut donc que se transformer en une entreprise intellectuelle de dur labeur. Dans cette matière, les trajectoires du droit sont incertaines. Les normes en vigueur sont éparées, nombreuses et peu claires. D'innombrables vides juridiques rendent la compréhension des phénomènes ardue. Les diverses coutumes orales sont difficiles à concilier et à codifier. La coutume, malgré sa force de régulation sociale et sa dynamique sociologique, vit une véritable ségrégation juridique et judiciaire en Afrique. La pérennité des structures traditionnelles dévalorise d'autant plus facilement des constitutions trop neuves et originales que les conceptions du pouvoir et des droits de l'homme qu'elles expriment sont généralement étrangères ou mal articulées avec la culture du pays d'accueil (59). L'abrogation ou la substitution des coutumes africaines en matière de vie familiale par le droit moderne écrit ne peut que susciter quelques interrogations. Certes, les coutumes africaines ne sont pas toutes saines, les pratiques sociales le montrent au quotidien. Il y en a qui sont injustes. D'autres sont empreintes d'un mysticisme. L'ivraie existe, mais certainement aussi le « bon droit ». Mais, les coutumes, en tant que règles de vie sociale, ne sauraient être rejetées systématiquement. Il est possible d'y extraire certaines valeurs pour les élever au stade de préceptes du droit écrit, car une loi dont l'ambition est d'harmoniser les rapports des hommes qui ont un mode de vie empreint de traditions séculaires, n'a de chance de s'imposer, que lorsqu'elle est le reflet remarquable de ces traditions. Cependant, reflet ne signifie pas copie ou clone. Le reflet doit être une synthèse raisonnable et évolutive de ce qui peut permettre de lutter contre la précarité et le mépris de la dignité humaine.

(58) J. RIVERO, « Les limites de la liberté », in *Mélanges J. Robert. Libertés*, Montchrestien, Paris 1998, p. 191.

(59) P. VERGNAUD, « Rationalité marchande et pouvoir politique : les libertés publiques dans le tiers — monde », in *Mélanges Colliard, op. cit.*, p. 630.

Au confluent de la quête de la liberté individuelle et de la prégnance de la solidarité africaine, le droit de mener une vie familiale normale est reconnu comme un droit fondamental de la personne humaine. Quelle perception l'africain a-t-il de ce droit à une vie familiale normale ? Les systèmes de protection des droits fondamentaux dépendent largement des structures cognitives façonnés non seulement par les réalités locales, mais aussi par les flux des normes internationales. La vie familiale, si elle doit préserver son africanité, ne saurait se soustraire aux exigences universelles de la dignité de l'être humain. Par conséquent, cette dignité humaine que garantissent toutes les normes, tant nationales qu'internationales, ne devrait pas s'effacer devant « nos logiques musulmanes, animistes ou chrétiennes, elles-mêmes plurielles » (60). Il faut promouvoir une africanité de la famille fondée sur l'universalité des droits fondamentaux, car la dignité de l'être humain dans sa vie familiale est l'une des conditions fondamentales du développement. En définitive « Quel que soit l'idéal placé dans les droits de l'homme, le moteur risque certes de s'emballer au détriment de la sécurité juridique et de l'idée même de droit au profit de principes vagues, interprétés selon des idéologies souvent excessivement individualistes ou arbitraires, au mépris de l'idée que le droit est d'abord l'institution des relations entre les humains, relations faites de droits et de devoirs, et non l'exaltation d'un individu solitaire dont les libertés indéfinies sont autant de pouvoirs exercés sur autrui, donc d'altération de la liberté ou de la dignité de l'autre » (61).

* *
*
*
*

(60) R. TORAIRA, « Paradoxes des droits de l'homme », dans *Droits de l'homme en Afrique centrale*, *op. cit.*, p. 76.

(61) C. LABRUSSE-RIOU, « Droit de la personnalité et de la famille », dans *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de M. DELMAS-MARTY et C.L. DE LEYSSAC, Seuil, Paris, 1996, p. 271.

La famille en droit international africain des droits de l'homme

PAR

ALAIN-DIDIER OLINGA

UNIVERSITÉ DE YAOUNDÉ II – IRIC APDHAC
UNIVERSITÉ CATHOLIQUE D'AFRIQUE CENTRALE

Selon l'article 16 alinéa 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, « *la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État* ». Reprise comme une antienne par de nombreux instruments internationaux de protection des droits de l'homme, universels et régionaux, cette formule revêt une tonalité particulière pour le droit international africain des droits de l'homme, droit d'une zone où la sacralisation de l'institution familiale déteint sur la vie quotidienne des individus, où l'instauration d'une véritable culture des droits de l'homme passe aussi par la conversion même de la structure familiale à cette philosophie, à cette religion civile. Bien que le *requiem* soit entonné de manière récurrente à son sujet (1), l'institution familiale, tel le roseau de la fable, plie mais ne rompt pas. L'individualisme montant a beau lui asséner des coups incontestables, la crise économique a beau désorganiser les systèmes de solidarité (2) induits du discours et des pratiques de parenté, la famille africaine résiste et fait front. Il y a, autour du destin de la famille en Afrique, une situation de vérité pour l'équilibre profond des sociétés africaines ballottées entre la prescription de s'insérer dans la mondialisation (y compris des valeurs) sous peine de marginalisation dans l'archaïsme d'une part, et la volonté de persévérer dans leur être, dans l'être de leur culture, dans l'ontologie de leurs traditions. Cette situation de vérité est admirablement exprimée par le sociologue Jean-Marc Ela lorsqu'il écrit : « *Au moment où les nouvelles générations s'orientent vers de nouveaux modèles familiaux, tout se passe comme si les logiques de parenté refusaient de disparaître [...] En tout état de cause, la famille en Afrique se trouve à la croisée des chemins [...] Si l'heure n'est pas à l'individualisme du type occidental, la primauté de la parenté sur les*

(1) R. DECOTTIGNIES, « Requiem pour la famille africaine », *Annales de la FDSE de Dakar*, 1965

(2) Voy. : T. LOCOH, « Les familles africaines face à la crise », *Afrique contemporaine*, n° 166, 1996, pp. 3-14.

individus est désormais remise en question » (3). Cette tension que vit, sur le plan sociologique, la famille africaine ne peut manquer d'influencer l'orientation des droits nationaux et, surtout, l'orientation et l'interprétation d'un ordre juridique oscillant entre tradition et modernité (4) comme le droit international africain des droits de l'homme.

L'objet de la présente étude est précisément d'examiner la traduction en droit régional africain des droits de l'homme de cette situation problématique de la famille, cette situation relativement préoccupante dans laquelle l'on sent confusément que la famille est l'un des derniers verrous des sociétés africaines sommées de rejoindre le train de la mondialisation, l'un des derniers amortisseurs des secousses sociales. La question, de la famille exprime de manière particulièrement aiguë l'ensemble des contradictions qui parcourent le bloc normatif africain des droits de l'homme, tiraillé entre optique holiste et communautaire d'une part, et optique individualiste et atomistique d'autre part. Elle oblige également, plus qu'on ne l'a fait jusque-là, à aborder le droit africain des droits de l'homme sous le prisme de l'analyse de genre, compte tenu de la répartition des rôles entre l'homme et la femme dans le déroulement de la vie familiale. Le thème de la famille conduit aussi à réévaluer l'attelage conçu par les auteurs de la Charte de 1981 entre tradition et modernité, en ce sens que la tradition n'est pas un fond immuable fixé une fois pour toutes, les valeurs traditionnelles sont susceptibles d'évoluer, de se transformer ou de disparaître en fonction de l'évolution des mentalités collectives, en fonction de l'influence des conditions économiques sur la conception et la pratique des « valeurs familiales ».

Reste, naturellement, à préciser le corpus normatif de référence dans l'approche de la famille en droit international africain des droits de l'homme. D'abord, l'on s'appuiera sur les instruments juridiques africains, et spécifiquement la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte de 1981) et la Charte africaine sur les droits et le bien être de l'enfant (Charte de 1990). En l'absence d'une jurisprudence de la Commission de Banjul relative à la question, l'on procédera essentiellement à une analyse de contenu de ces instruments. Pour autant que l'ordre juridique africain des droits de l'homme le permette, l'on aura recours aux autres instruments internationaux pertinents. Enfin, dans la mesure de leur disponibilité, l'on s'appuiera sur les réglementations nationales, en tant qu'éléments de formation ou d'objectivation d'une pratique commune en la matière. Sur ces bases, il s'agira d'aborder dans un premier temps le statut de l'institution familiale en droit international africain des droits de l'homme (I), c'est à

(3) J.-M. ELA, « Introduction », dans M. PILON, T. LOCOH, E. VIGNIKIN, P. VIMARD (dir.), *Ménages et familles en Afrique. Approches des dynamiques contemporaines*, Paris, ORSTOM, 1997, pp. IX et X.

(4) F. OUGUERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Paris, P.U.F., 1993.

dire la notion et la formation de (la) famille, les fonctions de la famille, la place de l'homme et de la femme dans la famille; dans un deuxième temps, l'on s'intéressera à la protection de l'institution familiale en droit international africain des droits de l'homme (II), en faisant ressortir, tout à tour, le rôle de l'État et les devoirs des personnes en la matière.

I. — LE STATUT DE L'INSTITUTION FAMILIALE EN DROIT INTERNATIONAL AFRICAÏN DES DROITS DE L'HOMME

Qu'est-ce que la famille au sens du droit international africain des droits de l'homme? Comment est-elle constituée? Quelles sont ses fonctions et quels types de rapports prévalent en son sein entre les membres qui la constituent? Telles sont les questions auxquelles voudrait répondre l'idée de statut de l'institution familiale. Il s'agit de questions à la simplicité apparente et trompeuse qu'il convient d'examiner, successivement, avec toute l'attention requise.

A. — *La notion de famille* *et les modalités de sa constitution*

1. *La notion de famille*

Définir le concept de famille dans l'ordre régional africain des droits de l'homme peut prêter à sourire, tellement les choses semblent aller d'elles-mêmes. Il s'agirait là d'une erreur. Symptomatiques, les instruments juridiques africains brillent par leur silence au sujet de la notion de famille. Ces silences, que l'on croit entendus, sont en réalité sources d'équivoques et de malentendus; ils relèvent de vraies fausses évidences. Il est pourtant impératif de circonscrire le cercle familial, de déterminer les personnes susceptibles d'être considérées comme ayant un lien familial, car cela conditionne le bénéfice des droits prévus dans les chartes au profit des « parents » au sens large. Définir la famille au sens du droit international africain des droits de l'homme n'a pas seulement un enjeu sémantique ou socio-anthropologique. L'enjeu est celui de l'application d'un ensemble normatif dont le souci premier est l'effectivité, celui de protéger des droits concrets et effectifs. L'option pour le concept de « famille élargie » ou de « famille nucléaire » ne saurait procéder par simple idéologie ou par réaction affective africaine; une option pour telle ou telle conception ne sera valable, aux fins des conventions, que si elle permet un jeu normatif effectif et efficace des clauses conventionnelles. Cela étant dit, il convient de noter que, du fait même de leur silence, les chartes africaines semblent reconnaître l'institution familiale, quelle que soit sa physionomie : famille nucléaire, famille élargie, famille légitime, famille naturelle, famille adoptive, etc. Aucune indication

explicite n'autorise de penser à une option pour tel ou tel type de famille. Il appartiendra à l'organe de contrôle d'interpréter les dispositions pertinentes des textes de 1981 et de 1990, de manière à donner à la famille un contenu utile et opératoire. Pour cela, la Commission de Banjul aura à s'appuyer sur quatre éléments fondamentaux : les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, les pratiques africaines relatives à la famille, les coutumes africaines et la doctrine africaine des droits de l'homme.

Le recours aux autres instruments internationaux se fonde sur une base conventionnelle, à savoir l'article 60 de la Charte de 1981, qui demande à l'organe de contrôle de s'inspirer de ces textes aux fins d'interprétation de la charte, et spécifiquement ceux souscrits dans le cadre des Nations Unies. Les principes contenus dans ces instruments sont « applicables », non pas directement aux cas soumis à l'organe de contrôle, mais à l'effort d'interprétation des textes auquel se livre ce dernier en vue du règlement d'un litige. Plus clairement encore, il y a lieu de penser que c'est le devoir de s'inspirer, en tant que prescription méthodologique conventionnelle, qui est le « principe applicable » et non les dispositions immédiates des textes dont on s'inspire. L'importance de cette référence aux autres instruments a déjà été soulignée. Ainsi, le Professeur GABOU écrit que « *le contenu de ce renvoi, qui est susceptible de s'élargir avec le temps et le développement de l'activité normative des États au sein de l'O.N.U. et de ses institutions spécialisées, établit le principe de l'extensibilité permanente du statut libéral de l'être humain conçu à l'africaine* » (5). L'on a semblé procéder à une interprétation extensive, presque *contra legem* de l'article 60 lorsque, par exemple, parmi les conclusions et recommandations du séminaire sur la mise en œuvre au plan national de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples organisé à Banjul au mois d'octobre 1992, il a été affirmé que « la Charte africaine doit être interprétée à la lumière du nombre impressionnant de décisions jurisprudentielles qui ont été dégagées des dispositions similaires au sein d'instruments régionaux et universels des droits de l'homme et questions connexes. De tels instruments pourraient être d'un intérêt pratique et d'une grande valeur pour les juges et les avocats et l'on devrait y recourir le plus souvent possible » (6). A s'en tenir à une lecture stricte de l'article 60 de la Charte de 1981, les instruments dont il faut s'inspirer sont ceux adoptés dans le cadre des Nations Unies. Si tel est le cas, il faut constater que la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (*Doc. A/Res/44/25*) évoque à son article 5 « les membres de la famille élargie ou (de) de la communauté » en vue de donner des conseils à l'enfant. Quant à la Convention internatio-

(5) A. GABOU, « Principes et mécanismes de protection des droits de l'homme et des peuples : la Charte de Banjul », *Revue Congolaise de Droit*, 1991, n° 10, p. 101.

(6) *Sixième rapport annuel d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*, 1992-1993, p. 25.

nale sur la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leurs familles du 18 décembre 1990 (*Doc. A/Res/45/158*), elle est encore plus utile. Son article 4 se lit ainsi : « *aux fins de la présente Convention, l'expression 'membres de la famille' désigne les personnes mariées aux travailleurs migrants ou ayant avec eux des relations qui, en vertu de la loi applicable, produisent des effets équivalant au mariage, ainsi que leurs enfants à charge et autres personnes à charge qui sont reconnues comme membres de la famille en vertu de la législation applicable ou d'accords bilatéraux ou multilatéraux applicables entre les États intéressés* ». L'article 44 du même instrument apprend que les enfants à charge sont « *mineurs et célibataires* ». Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne contient pas une définition de la famille; toutefois, le Comité des droits de l'homme à travers ses constatations et observations générales, s'est efforcé de circonscrire – si l'on peut dire – cette notion. Statuant sur la communication n° 35/1978, *Shirin Aumeeruddy-Cziffra et autres contre Maurice*, le 9 avril 1981, le Comité énonce que « *... la vie en commun du mari et de la femme doit être considérée comme la situation normale d'une famille* ». Dans l'affaire *A.S.C c. Canada* du 31 mars 1981, il estime que les articles 17 et 23 du Pacte ne sont applicables que pour protéger une vie familiale effective : tel n'est pas le cas pour des personnes qui n'ont vécu ensemble que pendant deux ans après l'adoption de l'une par l'autre, et ce il y a dix-sept ans! Il n'y a pas là une vie familiale que l'État soit tenue de protéger. S'agissant des Observations générales, il faut d'abord évoquer ici l'Observation générale n° 16 relative à l'article 17 du Pacte dans laquelle le Comité estime que « *en ce qui concerne le terme 'famille', les objectifs du Pacte exigent qu'aux fins de l'article 17, ce terme doit être interprété au sens large, de manière à comprendre toutes les personnes qui composent la famille telle qu'elle est perçue dans la société de l'État partie concerné* » (7). Il faut évoquer, d'autre part, l'Observation générale n° 19 relative à l'article 23 du Pacte dans laquelle « *le Comité observe que la notion de famille peut différer à certains égards d'un État à l'autre, et même d'une région à l'autre à l'intérieur d'un même État, de sorte qu'il n'est pas possible d'en donner une définition uniforme* » (8). En somme, ce que le régionalisme africain des droits de l'homme pourrait retirer du système onusien des droits de l'homme, ce n'est pas une définition de la famille, mais une pluralité de notions de famille. Compte tenu de la circulation des personnes entre le Comité des droits de l'homme et les organes européen et américain de contrôle, ainsi que des influences méthodologiques et analytiques subséquentes, il n'est pas excessif de penser à l'avenir à une importation africaine, par le canal onusien, du contenu donné à certains droits par les systèmes américain et, surtout, européen, des droits de l'homme. C'est tout le problème de « *l'influence que peut exercer une convention sur l'interprétation*

(7) ONU, *Doc. HRI/Gen/I/Rev.1* du 29 juillet 1994, p. 25.

(8) ONU, *Doc. HRI/Gen/I/Rev.1* du 29 juillet 1994, p. 32.

des autres conventions » (9). Cette importation doit être canalisée en général, de manière plus serrée pour les droits mettant en jeu les bases même de l'équilibre social comme le droit au respect de la vie familiale. Il faut concilier une double inspiration : l'inspiration d'autres instruments, l'inspiration des traditions culturelles africaines. L'article 60 de la charte de 1981, combiné avec l'article 61 et les indications du préambule du même instrument, évoque une démarche d'ouverture contrôlée et sélective, une logique d'interprétation syncrétique de la Charte, avec une variable directrice, l'africanité, et une variable correctrice, l'universalité.

S'agissant des pratiques africaines relatives à la famille, il faut s'en tenir pour l'essentiel aux législations et réglementations nationales. En effet, la logique d'un système régional de protection des droits de l'homme étant une logique d'harmonisation, de constitution d'une sorte de *jus commune*, il importe de tenir compte, dans toute la mesure du possible, des éléments tirés des droits internes. Cette heureuse méthodologie appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme devrait être reçue sans complexe par la Commission de Banjul, pour que les interprétations qu'elle retient reflètent l'évolution d'ensemble des idées et des mentalités relativement à une question donnée. Il devrait en être plus impérativement ainsi au sujet de thèmes, tel celui de la famille, qui suscitent de nombreuses controverses et impliquent des transformations sociales profondes. Cela étant dit, deux moments peuvent être évoqués pour caractériser les pratiques juridiques africaines. En 1968, après une analyse d'ensemble du droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, le Professeur Kéba M'BAYE écrit : « *la famille africaine, celle du lignage ou de la 'maison' se meurt. Le clan se disloque ; les vieilles croyances tombent sur les ruines des autels que les jeunes, partis du village vers la ville ou occupés à l'école et dans les services civiques, ne peuvent plus entretenir. Les anciens, après quelques tentatives pour sauver la famille africaine, finissent par être désabusés et par abandonner leurs efforts inutiles. Ceux d'entre eux qui persévèrent sont désavoués par les pouvoirs publics qui donnent raison aux forces du progrès* » (10). Près de trente ans plus tard, étudiant les législations et les changements familiaux en Afrique subsaharienne, M^{me} Adjamagbo-Johnson écrit : « *En définitive, les législations africaines sont globalement porteuses d'un modèle de famille nucléaire et de principes novateurs différents de ceux auxquels étaient habituées les populations... Le choix d'une législation que certains auteurs reconnaissent inadaptée aux données de leur société serait justifié par la mission qui est assignée au droit : prévoir plutôt que prescrire, orienter plutôt que régir. Il s'agirait plus*

(9) B. CONFORTI, « L'interprétation des nonnes internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in S.F.D.I., *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, Colloque de Strasbourg*, Pédone, 1998, pp. 121-126.

(10) K. M'BAYE, « Introduction », in *Le droit de la famille en Afrique Noire et à Madagascar*, Paris, Ed. Maisonneuve et Larose, 1968, p. 35.

précisément pour le droit de forger les données de la société de demain et de faire évoluer la société » (11). En somme, l'évolution globale des législations africaines serait orientée vers la famille nucléaire, toutes choses étant égales par ailleurs. Cette évolution correspondrait même à une tendance générale des civilisations humaines, sous la pression des femmes et des jeunes. Le Professeur Andrée Michel écrivait déjà, en 1975, que « *les sociétés industrielles ne peuvent se maintenir qu'en relâchant périodiquement le carcan d'une législation familiale et sociale traditionnelle, contraignante pour la femme et le jeune. Les progrès enregistrés varient d'un pays à l'autre mais ils vont tous et, avec l'émergence de la révolte des jeunes et des femmes, un retour en arrière est peu prévisible* » (12). Toutefois, cette évolution, à en croire le dernier auteur cité, serait plus normative que concrète, plus une anticipation sur le réel que la ratification d'une réalité sociologique. Dans ce cas, l'organe africain, ayant sa propre marge d'appréciation, pourrait-il mieux refléter les évolutions sociales, au risque de se transformer en force de régression sociale et de conservatisme? De toutes manières, l'évolution esquissée transparaît des espèces judiciaires nationales relatives par exemple aux successions (13). S'agissant des coutumes africaines généralement acceptées comme étant le droit, que la Charte de 1990 (article 46) appelle « *valeurs du patrimoine traditionnel et culturel africain* » et dont l'article 61 de la charte de 1981 dit qu'elles constituent des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, il y a là un gisement normatif d'importance mais contrasté, car la notion coutumière de famille varie d'une aire à une autre. Plus fondamentalement, écrivent MM. Cordell et Piche, « *nous connaissons peu de choses sur l'histoire de la famille africaine* » (14).

Pour ce qui est de la doctrine, source auxiliaire de détermination des règles de droit, son attitude par rapport à la notion de famille est traduite par le propos du Professeur Glélé Ahanhanzo. Pour lui, les droits de l'article 18 de la Charte de 1981 « *ont été proclamés et sont garantis : ils doivent être vécus et entretenus de manière qu'ils ne se dissolvent pas ou ne tombent pas en désuétude comme dans d'autres sociétés dont les liens familiaux ont été*

(11) B ADJAMAGBO-JOHNSON, « *Législations et changements familiaux en Afrique sub-saharienne* », dans M. PILON et alii., *op. cit.* Voy., aussi N'GUABO DAGNI, « *A propos du code de la famille au Niger : regards sur la pesanteur de la culture* », *R.J.P.I.C.*, vol. 47, n° 1, 1993/3, pp. 59-70; M. FILIGA SAWADOGO, « *Le nouveau code burkinabe de la famille : principes essentiels et perspectives d'application* », *R.J.P.I.C.*, 1990, n° 3, pp. 373-406.

(12) A. MICHEL, « *Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines* », *Archives de Philosophie du Droit*, t. 20, 1975, p. 132.

(13) Voy., par exemple, T.P.I. Douala, n° 070/RG/88-89, 8 août 1990, *Menie et autres c. M^{me} Monkam Monique* : « ... Il est constant que dame Monkam Monique qui n'est que la sœur du père défunt des demandeurs ne peut jamais hériter de ses biens tant que les enfants légitimes de son feu frère sont vivants ».

(14) D. CORDELL et V. PICHE, « *Pour une histoire de la famille en Afrique* », in M. PILON et alii., *op. cit.*, p. 67.

entamés et affaiblis du fait d'une urbanisation croissante » (15). Le Professeur Degni-Segui, de son côté, s'étant demandé si la Charte de 1981 retient une acception compréhensive de la famille, opine de la manière suivante : « *Rien n'est moins sûr. Elle ne donne aucune précision et les législations internes des États africains optent généralement pour la famille 'moléculaire, c'est à dire le sens restreint du terme ne comprenant que les époux et les enfants... Toutefois, le contexte et les objectifs de la Charte autorisent à faire pencher la balance du côté de la conception africaine...* » (16).

Au total, la notion de famille doit être perçue de manière flexible et plurielle. Il faut en effet se départir de la vision d'une famille – musée, famille conservatoire des valeurs traditionnelles ; il s'agit là d'une vision statique de la réalité familiale. La famille est aujourd'hui aux prises avec des situations diverses et variées : personnes déplacées, travailleurs migrants, mobilité professionnelle et autres. La famille n'est pas toujours un ensemble groupé à un endroit, cohabitant, uni en permanence. Quelle est ma famille ? Quelle est la famille de l'adulte célibataire sans enfant travaillant à des centaines de kilomètres du lieu d'habitation de ses parents ? A-t-il une « vie familiale susceptible d'être protégée contre les immixtions de la puissance publique ? Ce sont là autant de questions auxquelles on ne peut répondre simplement en évoquant l'image d'Epinal de la famille traditionnelle africaine. Il faut donc se convertir à une perception réaliste et contextuelle du cercle familial, en fonction des données de chaque situation, en vue de décider si des droits invoqués au titre de la « parenté » sont précisément ceux protégés par les instruments africains au titre de la famille. La famille doit être interprétée de manière autonome (17) et plurielle, pour que ce concept soit utile et ne reste pas une figure d'idéologie culturelle. Quelques éléments d'objectivation peuvent être proposés : d'abord la consanguinité, simple élément de départ ; ensuite la proximité, la cohabitation, une communauté de vie régulée ; ensuite la dépendance économique, éducative et alimentaire. En somme, l'idéologie doit se convertir à la technique juridique. Cette dernière peut permettre de mener de nombreuses batailles, mais seulement dans la mesure de ses propriétés instrumentales intrinsèques. L'approche conceptuelle de la famille ne peut être effectuée seulement en fonction d'un projet idéologique conservateur. Elle doit surtout l'être en fonction d'un projet juridique protecteur.

(15) G. AHANHANZO, « Introduction à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in *Droit et libertés à la fin du XX^e siècle. Influence des données économiques et technologiques*, Études offertes à Claude Albert Colliard, Paris, Pédone, 1984, p. 521.

(16) R. DEGNI-SEGUI, « L'apport de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples au droit international de l'homme », *Revue Africaine des droits de l'Homme*, 2, 1992, p. 33.

(17) F. SUDRE, « Le recours aux notions autonomes », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 93-131.

2. *La constitution de la famille*

À l'examen des instruments juridiques africains, il n'est pas immédiatement aisé de se faire une idée sur les modalités de constitution de la famille. Cela, au demeurant, n'est guère étonnant. Dès lors que l'on est parvenu à une perception plurielle de la famille, l'on ne peut qu'envisager une diversité des modes de constitution de celle-ci. La Charte africaine de 1981 ne contient aucune disposition relative à la formation de la famille; elle ne traite que de la préservation de la famille déjà constituée. De même, la charte de 1990 sur les droits et le bien-être de l'enfant n'évoque pas directement cette question, mais de manière oblique, dans son article 21 notamment. L'alinéa 2 de cette disposition interdit les mariages d'enfants et la promesse de jeunes filles et garçons en mariage, incite à l'adoption de mesures effectives pour faire en sorte que l'âge minimal requis pour le mariage soit de 18 ans et pour rendre obligatoire l'enregistrement de tous les mariages dans un registre officiel. Si l'on examine les pratiques juridiques africaines, il est clair que « le mariage crée la famille. Il est la source de la parenté... Le mariage en Afrique n'est pas un contrat entre deux individus, mais un pacte souscrit par deux familles » (18). Une lecture des législations africaines en matière civile montre une nette tendance générale à décourager les modes traditionnels de constitution de la famille par mariage. Seuls les mariages civils sont reconnus; les mariages qui ne sont conclus qu'après versement de la dot n'ont dans beaucoup d'États aucune portée, la dot ayant été déchuée de son importance dans la conclusion du mariage. Naturellement, cela n'empêche nullement qu'aujourd'hui encore de nombreuses personnes vive « maritalement » après le seul versement de la dot, et même quelquefois sans aucune formalité civile ou traditionnelle, donnant naissance à des enfants, etc. La famille traditionnelle sans mariage civil, la famille naturelle sans mariage ni civil ni traditionnel, sont des réalités fortement répandues aujourd'hui en Afrique. Or il s'agit là, suivant les critères que nous avons suggérés plus haut, de vies familiales dignes de protection. Dans une large mesure, et bien que le droit tente d'encadrer cette situation, la famille évolue en Afrique en dehors du mariage. Il y a là un élément sociologique d'importance dont la Commission de Banjul devrait tenir compte dans son processus d'interprétation.

Il faut du reste faire remarquer que le mariage (le mariage civil) n'est qu'une modalité de constitution de la famille nucléaire, qui intervient très souvent pour ratifier une vie familiale de fait, ancrée et durable. C'est là un processus volontaire, qui ne peut être reproduit en ce qui concerne la famille dite élargie. Ici, la formation du lien familial est plus subie que volontaire, échappe à toute maîtrise des sujets, voire à leur simple connaissance. Dans la famille élargie, concept qui mérite d'ailleurs de faire l'objet d'une analyse

(18) K. M'BAYE, *op. cit.*, p. 15.

critique, certains membres sont inconnus aux autres, certains n'ont aucune affinité, affectivité ou proximité particulières avec d'autres. Le lien familial évolue de sa propre vie, attendant de se manifester en termes de droits et obligations lorsque des membres de ladite famille auront été instruits de ce qui les unit. Est-il, dès lors, raisonnable d'intégrer dans une vie familiale des liens aussi abstraits et sporadiques aux fins d'application d'instruments juridiques? Il y a lieu d'en douter, à moins de ne s'intéresser à la famille que d'un point de vue fonctionnel, en tant que structure de solidarité.

B. – *Les fonctions de la famille*

Autant les instruments africains sont silencieux sur le concept de famille, autant ils sont relativement discrets sur ses fonctions. L'on peut distinguer à cet égard d'une part les fonctions générales de l'institution familiale et d'autre part ses fonctions spécifiques.

1. *Les fonctions générales de la famille*

Il est incontesté que « *dans la culture et la tradition africaines, le rôle de la famille est universellement considéré comme fondamental* » (19). Il ne peut en aller autrement, la famille étant considérée comme la cellule de base de la société. L'institution familiale a d'abord une fonction de socialisation, d'inculcation des valeurs du communautarisme africain (20). Ayant généralement une dimension sacrée et un fondement religieux, la famille charrie une mystique moralisatrice. Elle participe du maintien de l'équilibre social global et de l'intégrité interne de l'individu; elle inculque le respect de la hiérarchie et le sens de l'autorité à travers l'importance du droit d'aînesse; elle est un foyer de solidarité et d'amour du prochain. La famille a une fonction d'éducation, d'encadrement et de solidarité. Elle est le cadre d'épanouissement intégral et harmonieux de la personnalité de l'enfant. La famille, en somme, constitue un exemple de communauté dont l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dit qu'elle est nécessaire au plein épanouissement de la personnalité de l'individu.

Cette énumération des fonctions générales de la famille contient un message : la finalité de cette institution, l'aune à laquelle l'on appréciera la légitimité de son fonctionnement et des restrictions des droits individuels, c'est l'épanouissement de l'individu en son sein. La famille n'a pas pour projet de persévérer dans son être, de se perpétuer, mais de fournir à ses membres un cadre de réalisation optimale de leurs potentialités propres.

(19) JEAN-PAUL II, *L'Église en Afrique*, Paris, Cerf, 1995, p. 41.

(20) P.-G. POUGOUÉ, « Lecture de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in D. MAUGENEST et P.-G. POUGOUÉ (dir.), *Droits de l'homme en Afrique centrale*, UCAC-KARTHALA, 1995, pp. 31-45.

2. *Les fonctions spécifiques de la famille*

L'article 18 alinéa 2 de la Charte de 1981 reconnaît à la famille une « *mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la communauté* ». Seul un instrument africain a confié à la famille une tâche aussi fondamentale, dont il faut bien comprendre la nature, le champ, les conditions et les éléments de contenu. La « garde » ainsi confiée à la famille a une allure essentiellement conservatrice. Il s'agit de préserver des acquis – certes positifs – qui ont déjà structuré la vie familiale. Institution – vigile, la famille est érigée en bouclier anti-régression des valeurs familiales. La vigilance protectrice exercée par la famille concerne « la morale et les valeurs traditionnelles reconnues par la communauté ». De quelle morale peut-il être question dans cette disposition ? S'agit-il d'une éthique aux dimensions religieuses ou de la moralité publique, c'est-à-dire le minimum d'idées morales naturellement admises par la moyenne des membres d'une communauté à une époque donnée ? (21) Il n'est pas facile de former son opinion en la matière. Quant aux valeurs traditionnelles reconnues par la communauté, il faut espérer que leur seule reconnaissance commune ne leur confèrera pas l'applicabilité ; encore faudra-t-il qu'elles soient conformes aux droits de l'homme. D'un autre côté, pour que la famille puisse être gardienne de la morale, il faut que son propre équilibre moral soit préservé, que la moralité de l'institution familiale soit hors de soupçon. Si tel est le cas, la famille doit pouvoir exercer sur ses membres la contrainte nécessaire au respect de ces données. En fait, la famille étant une personne morale, la contrainte ainsi évoquée sera exercée mutuellement entre les membres de la famille, surtout dans le sens des aînés aux cadets, d'une manière compatible avec les droits de l'homme.

C. – *Les rapports familiaux entre l'homme et la femme*

Aborder la question des rapports entre l'homme et la femme dans le fonctionnement de la cellule familiale, c'est introduire à une lecture des instruments africains sous l'angle des rapports sociaux de sexe, de l'analyse de genre selon la terminologie aujourd'hui consacrée. Cette question est importante pour un ordre juridique qui déclare s'arc-bouter pour partie sur les équilibres sociaux reconnus par la communauté, structurant l'identité et maintenant la cohésion de la société, alors même que ces éléments sont généralement jugés, non sans raison, défavorables à la femme. De fait, écrit M^{me} Elmadmad, « *la plupart des traditions concernant les femmes en Afrique se sont révélées contraires au respect de la dignité et des droits des femmes en*

(21) P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. À propos des 'lancers de nains' », *R.F.D.A.*, 1995, p. 1211.

tant qu'être humain. Comment peuvent-elles donc inspirer un texte sur les droits de l'homme ? » (22).

La Charte de 1981 observe un silence équivoque au sujet des relations entre l'homme et la femme dans la cellule familiale, du moins en ce qui concerne leurs droits respectifs. Tout se passe ici non seulement comme si ces relations n'avaient pas besoin d'être objectivées de manière particulière, mais aussi comme si elles échappaient à tout débat. La Charte de 1990, qui n'est pas aussi muette, brille néanmoins par une approche restrictive des rapports entre époux. L'article 18 de cet instrument stipule, à son alinéa 2, que « les États à la présente Charte prennent des mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux à l'égard des enfants durant le mariage et pendant sa dissolution ». C'est donc par rapport aux enfants que l'égalité de droits est reconnue, et seulement dans cette perspective. A cet égard, l'on doit dire que la Commission de Banjul (ou la future Cour (23)) devra, dans l'approche des rapports homme / femme dans la famille, accorder une attention aux évolutions législatives et réglementaires au sein des États parties aux chartes de 1981 et de 1990, ainsi qu'aux mutations profondes des mentalités collectives, telles qu'elles sont reflétées dans la revendication constante et tenace par les O.N.G. et les mouvements associatifs d'une plus grande égalité entre l'homme et la femme en général, dans la famille en particulier. Elle devra tenir compte, en tant qu'élément du contexte des instruments de 1981 et de 1990, du Protocole additionnel à la Charte de 1981 à venir et relatif aux droits de la femme (24). Par application de l'article 60 de la Charte de 1981, les dispositions des articles 16 alinéa 1 de la Déclaration universelle et 23 alinéa 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques serviront de sources d'inspiration. Le premier énonce que l'homme et la femme « ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». Le second, moins prescriptif et plus incitatif, énonce que les États « prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». Ces textes permettront, en dépit des résistances sociales, d'améliorer les relations actuellement inégalitaires entre l'homme et la femme et de mieux sauvegarder l'institution familiale.

(22) K. ELMADMAD, « Les droits de la femme dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », *Afrique 2000*, 1994, p. 23.

(23) MUTOY MUBIOLA, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : mimétisme institutionnel ou avancée judiciaire ? », *R.G.D.I.P.*, 1998/3, p. 765.

(24) Voy., à ce sujet, le 11^o rapport annuel d'activités de la Commission de Banjul (*Doc. CM/2084 (LXVIII)*, 1998, p. 6). Il est question d'un rapporteur spécial sur les droits de la femme. Il faut rappeler que dans son 10^o rapport d'activités, il est mentionné que la Commission a nommé trois commissaires, M^{me} Julienne ONDZIEL-GNELENGA, le Dr. Vera DUARTE MARTINS et le Professeur DARIKWA pour rédiger un projet de protocole sur les droits de la femme (*Doc. ACHPR/RTP/10th*).

II. — LA PROTECTION DE L'INSTITUTION FAMILIALE
EN DROIT INTERNATIONAL AFRICAIN DES DROITS DE L'HOMME

L'importance accordée à la cellule familiale dans l'équilibre social implique que des mesures spéciales de protection soient aménagées en ce qui la concerne. Ce devoir de protection concerne d'abord l'État, ensuite les membres de la famille.

A. — *Le rôle fondamental de l'État*

L'État est le premier responsable du maintien de la cellule familiale. Comme l'écrit le Professeur Kéba M'Baye, « *C'est à l'État... qu'il appartient de substituer le patriarche déchu* » (25). Le rôle de l'État est multidimensionnel dans la préservation de la famille en tant qu'institution. Il doit la protéger au moment de sa constitution et la préserver une fois qu'elle est constituée (26). L'article 18 alinéa 1 de la Charte africaine de 1990 énonce que la famille « *doit être protégée et soutenue par l'État pour son installation et son développement* ». Si le terme « *installation* », rendu dans la version anglaise de cet instrument par le terme « *establishment* » n'est pas particulièrement clair, en tant qu'il peut suggérer l'idée d'un domicile ou d'une résidence à accorder à la famille qui en aurait besoin, la notion de « *développement* » est curieusement plus claire, en tant qu'elle suggère l'idée d'une croissance normale et durable. Selon la Comité des droits de l'homme, dans ses constatations sur l'affaire *Aumeeruddy - Cziffra et autres*, « *la protection juridique et les mesures qu'une société ou un État peut accorder à la famille peuvent varier d'un pays à l'autre et dépendre des diverses situations et traditions sociales, économiques, politiques et culturelles* ». Cela étant, le rôle de l'État peut être décliné en trois éléments. D'abord, l'État doit veiller à la préservation de l'unité de la cellule familiale. Dans la mesure du possible, les membres de la famille doivent cohabiter, s'agissant naturellement d'une famille nucléaire. Car il est évident qu'une telle prescription pour la famille élargie serait impossible à respecter. L'unité de la famille implique que les époux vivent ensemble, qu'ils soient réunis en un endroit pour l'accomplissement de leurs obligations professionnelles respectives et ne fassent pas l'objet d'affectations de la part des pouvoirs publics susceptibles d'y porter atteinte. L'unité de la famille implique la cohabitation des parents et des enfants et l'atténuation au maximum des effets de leur éventuelle séparation, du fait d'une détention judiciaire ou d'une décision de justice ayant prescrit la séparation dans l'intérêt supérieur de l'enfant. L'unité de la

(25) *Op. cit.*, p. 36.

(26) M. EBONGUE, *La protection de la famille dans le code pénal camerounais, Mémoire de licence*, F.D.S.E., 1973, p. 5.

famille implique enfin une organisation des conditions de rupture du lien matrimonial.

L'État doit veiller au maintien et au respect par la société de la cellule familiale. Dans ce sens, pour autant que les moyens le lui permettent, il doit adopter des politiques sociales garantes de la famille, des politiques économiques dont les effets pervers ne déstructurent pas le tissu familial (27). L'État doit combattre les attaques idéologiques contre la famille, nucléaire ou élargie, dans le respect de la liberté d'opinion, d'expression et de pensée. Il s'agit de promouvoir et de respecter la dignité de la famille en tant qu'institution. Car, comme l'écrit le Souverain Pontife, « *qu'attend de la société la famille comme institution? Avant tout d'être reconnue dans son identité et admise en qualité de sujet social* » (28). L'État doit « *veiller à la santé physique et morale* » de la famille. En d'autres termes, si les mots ont un sens, l'État doit respecter le droit à la santé des membres de la famille, c'est-à-dire en réalité le droit à la santé de presque tous les individus... chacun étant, en principe, membre d'une famille. Pour ce qui est de la santé morale de la famille, l'on comprend certes qu'il faille préserver à la famille son rôle de foyer moral. Mais ce rôle peut-il être joué si les membres de la famille, pris individuellement, ne jouissent pas d'une santé morale certaine?

À nouveau, se joue là tout le problème du primat du groupe sur l'individu ou l'inverse, de la dialectique du holisme et de l'individualisme qui imprègne le régionalisme africain des droits de l'homme. Il faut enfin signaler que « *l'État a l'obligation d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la communauté* ». Cette obligation d'assistance imposée à l'État rend ce dernier co-responsable avec la famille de la pérennité des valeurs traditionnelles africaines. L'assistance peut être surveillance, elle peut être action additionnelle ou subsidiaire, elle peut être substitution. Surtout, elle doit être aide prudente car, cellule de base et naturelle de la société, la famille a préexisté à l'État et à toute autre société. L'État est donc au service de la famille et non l'inverse (29). Il ne saurait y avoir de concurrence entre les deux, mais complémentarité.

B. – *La responsabilité des membres de la cellule familiale*

Les membres de la familles doivent préserver la cellule familiale. C'est en effet par les devoirs imposés aux individus que la famille sera protégée par leurs soins. D'une manière générale, l'individu doit veiller « *à la préservation*

(27) Comme l'écrit le Saint Père, « le chômage constitue de nos jours une des menaces les plus sérieuses pour la vie familiale et préoccupe à juste titre toutes les sociétés » (JEAN-PAUL II, *Lettre aux familles*, Paris, Cerf, 1994, pp. 68-73).

(28) JEAN-PAUL II, *Lettre aux familles*, Paris, Cerf, 1994, p. 68.

(29) Voy. : *Charte des droits de la famille*, présentée par le Saint Siège le 22 octobre 1983.

et au renforcement des valeurs africaines positives ». Parmi ces valeurs, de l'avis quasi unanime des analystes, le sens de la famille figure incontestablement. Le Souverain Pontife opine aussi en ce sens quand il écrit que « c'est avec un ardent désir que je prie et demande des prières pour que l'Afrique préserve toujours ce précieux héritage culturel et pour qu'elle ne succombe jamais à la tentation de l'individualisme, si étranger à ses meilleures traditions » (30). De manière plus spécifique, les chartes de 1981 et de 1990 imposent aux individus des devoirs envers la famille. L'article 27 alinéa 1 de la Charte de 1981 énonce que « *chaque individu a des devoirs envers la famille* ». Cette disposition vise non seulement sa structure familiale, mais aussi l'institution familiale en soi. Il faut respecter en la famille la structure de base de la société. Toute famille doit être respectée, sans distinction de race, de fortune, de légitimité, etc. L'alinéa 2 de cet article 27 affirme que les droits de chacun s'exercent dans le respect de la morale et de l'intérêt commun, y compris pensons-nous celui de la cellule familiale. Il y aurait là une clause de limitation d'autres droits d'un genre particulier, dont il faudrait penser la matérialisation. L'article 29 alinéa 1 de la Charte de 1981 insiste sur le devoir de l'individu « *de préserver le développement harmonieux de la famille et d'œuvrer en faveur de la cohésion et du respect de cette famille : respecter à tout moment ses parents, les nourrir et les assister en cas de besoin* ». Cette disposition mérite une exégèse serrée pour en garantir une applicabilité optimale. Elle comporte une ligne philosophique générale qui induit des comportements spécifiquement orientés en ce sens ou, en tout cas, décourage les attitudes allant en sens contraire. Une telle obligation générale de comportement ne peut être détaillée de manière exhaustive dans ses manifestations concrètes. À cet égard, les deux points (:) qui introduisent l'énumération qui suit l'énoncé principal général doivent être interprétés comme s'il s'agissait des clauses « *notamment* », « *entre autres* », etc. Cela étant relevé, la première obligation énoncée est celle de respect, de déférence, qui vaut à tout moment, dans toutes les circonstances, de manière inconditionnelle. Elle vaut à l'égard des « *parents* », terme générique qui peut signifier soit les géniteurs *stricto sensu*, soit les personnes avec lesquelles l'on se trouve dans un lien de parenté. C'est également à l'égard de ces personnes que vaut l'obligation alimentaire, qui est aussi inconditionnelle que celle du respect, ainsi que l'obligation d'assistance qui, elle, se déploie « *en cas de nécessité* ». L'assistance est donc subordonnée au constat de la nécessité. L'interprétation de cet élément est très important et pourrait amener à décourager la tendance sociale au parasitisme, sous le couvert du discours de parenté (31). Il s'agit d'« *assister* » et non d'assumer une véritable prise en charge totale. L'obligation vaut pour tous, riches, moins riches, même si elle est modulée en fonc-

(30) *Op. cit.*, pp. 40-42.

(31) B. LY, « Entre solidarité et parasitisme : la parenté et son évolution dans les sociétés africaines », *Questions actuelles*, n° 2, 1993, pp. 35-41.

tion des possibilités des uns et des autres. C'est ainsi que l'on peut préserver la cohésion, et l'harmonie de la famille. Les enfants, tels que définis à l'article 2 de la Charte de 1990, ont des responsabilités à cet égard. L'article 31 de la Charte de 1990 énonce en effet que « *tout enfant a des responsabilités envers sa famille* », qu'il doit « *œuvrer pour la cohésion de sa famille, (de) respecter ses parents, ses supérieurs et les personnes âgées en toutes circonstances et (de) les assister en cas de besoin* », mais cela « *selon son âge et ses capacités, et sous réserve des restrictions contenues dans la présente Charte* ». Comme nous l'avons signalé ailleurs, cette dernière précision est importante, au risque de rendre abstraits les devoirs imposés à l'enfant (32).

*

Le droit international africain des droits de l'homme reconnaît la famille et en assure la protection. Toutefois, en l'absence d'un contentieux de la Commission de Banjul en la matière, le concept reste marqué d'un coefficient important d'imprécision. Peut-être la Commission devrait-elle désigner un Rapporteur spécial sur les contextes africains de la vie familiale. Ce Rapporteur ferait le point sur les évolutions juridiques nationales en la matière, sur les acquis de la recherche sociologique et anthropologique, sur les dynamiques susceptibles de s'induire des mutations mentales des individus et des collectivités, dans un contexte de globalisation des techniques de protection des droits fondamentaux (33). La famille africaine n'est pas un espace soustrait à la contrainte du respect des droits fondamentaux. La discipline domestique a des limites, le poids des exigences familiales en a également; ces limites se trouvent dans le désir individuel d'épanouissement et de réussite. C'est au Souverain Pontife qu'il faut réserver le dernier mot de cette brève étude : « *Le système de la famille élargie, là où il existe, doit être tenu en estime et être aidé à mieux remplir son rôle traditionnel de solidarité et d'assistance mutuelle, tout en respectant en même temps les droits de la famille nucléaire et la dignité de chacun de ses membres en tant que personne* » (34).

* *

*

(32) A.-D. OLINGA, « La Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant. Essai de présentation », *Penant*, 1996 (I), pp. 53-68.

(33) A.-D. OLINGA, « L'Afrique face à la globalisation des techniques de protection des droits fondamentaux », *R.J.P.I.C.*, janvier-avril 1999.

(34) Article 6 e) de la *Charte des droits de la famille*, 22 octobre 1983. Voy., aussi J.-M. ELA, « Les voies de l'afro-rennaissance », *Le Monde Diplomatique*, oct. 1998, p. 3.

**La garantie des droits des personnes handicapées physiques
par la Cour européenne des droits de l'homme
dans le contexte de la nouvelle approche internationale
du handicap**

PAR

BÉATRICE MAURER

MAÎTRE DE CONFÉRENCES, IDEDH-MONTPPELLIER

L'Organisation Mondiale de la Santé évalue le nombre de personnes souffrant d'un handicap dans le monde à 10 pour cent, un chiffre qui devrait augmenter en Europe, en raison surtout de l'accroissement de la population âgée en « situation de dépendance ». Pourtant, consacrer une étude juridique à cette question spécifique demeure encore exceptionnel (1). Il est vrai qu'aucune convention internationale contenant des dispositions normatives portant sur les droits de l'homme ne consacrait ce champ d'application personnel spécifique (contrairement aux réfugiés, aux femmes ou aux enfants) (2), jusqu'à la très récente révision du Traité instituant la Communauté européenne. Hormis cette révision d'Amsterdam, qui situe le handicap au cœur de la problématique de la non-discrimination (3), les droits des personnes handicapées physiques sont donc les mêmes que ceux de tout homme (4).

(1) A notre connaissance, la récente contribution de J. Charpentier fait exception. « L'action de l'Union européenne en faveur des personnes handicapées », dans Mélanges Ch. Bolze, *Ethique, droit et dignité de la personne*, Economica, 1999, pp 159-172.

(2) Il convient de ne pas oublier la Déclaration des droits des personnes handicapées adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1975 (R. 3447 (XXX)), mais il ne s'agit pas d'un instrument obligatoire (v *Droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux*, Nations Unies, N.Y., 1988, p. 401). Jusqu'à présent l'Assemblée générale des Nations Unies n'a jamais pu parvenir à l'adoption d'un instrument à vocation conventionnelle; ses travaux, repris lors de sa 42^e session (octobre 1987), ont été reportés *sine die*.

(3) Article 13 de la version consolidée du « traité d'Amsterdam » (ex-article 6 A) : « *Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». L'insertion du « handicap » est le résultat d'une initiative irlandaise, donnant suite au travail de nombreuses associations de défense des droits des personnes handicapées.

(4) À quelques exceptions près, v. en particulier l'article 23 de la Convention sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989

C'est peut-être cette singularité qui, d'un point de vue doctrinal, rend si intéressantes les questions posées par les handicapés physiques à la garantie des droits de l'homme. Leur situation de dépendance physique les met dans l'obligation de revendiquer le respect de leurs droits, qui sont ceux de tout homme, d'une manière spécialement concrète. L'interprète de ces textes, et en particulier celui de la Convention européenne des droits de l'homme, cadre de notre étude, devra alors faire preuve d'ingéniosité et d'efficacité pour en garantir le respect.

C'est à cet égard que le récent arrêt *Botta c. Italie*, qui confrontait pour la première fois la Cour européenne des droits de l'homme à la revendication d'une personne handicapée physique au bénéfice à un droit à prestation sociale au titre du respect de la vie privée (article 8 de la CEDH) (5), a déçu (6). Il ne tient pas compte de la nouvelle conception du handicap physique qui se dégage en Europe. Ces vingt dernières années en effet l'approche du handicap a profondément évolué. Dorénavant, au cœur de tout essai de définition du handicap, l'accent est mis sur sa dimension sociale et globale. Une nouvelle approche du handicap (I) qui réclamerait le renouvellement de la conception de la garantie des droits des personnes handicapées physiques par la Cour européenne des droits de l'homme (II).

I. — LA NOUVELLE APPROCHE DU HANDICAP PHYSIQUE

Si la personne handicapée est restée jusqu'à présent absente des préoccupations de la doctrine et des grandes conventions relatives aux droits de l'homme, ce qui pourrait évoluer dans un contexte de spécialisation toujours plus important des droits de l'homme, de nombreuses résolutions d'instances internationales, universelles ou européennes, lui ont été consacrées. Or, la lecture de ces dernières ainsi que celle des législations nationales (7) et des études sociales s'y rapportant, révèle une nouvelle approche du han-

(5) Les affaires concernant les handicapés physiques sont exceptionnelles. À notre connaissance on doit ajouter à l'affaire *Botta c. Italie*, la seule affaire *Obermeier c. Autriche* (arrêt du 28 juin 1990, série A, n° 179, pp. 4-25). Il s'agissait d'examiner le licenciement d'une personne handicapée physique à la suite d'une décision discrétionnaire du Conseil pour les personnes handicapées sans que cette décision ait pu par la suite être contrôlée par un tribunal; aussi la Cour a-t-elle reconnu la violation du droit d'accès à un tribunal et, par ailleurs, le dépassement du délai raisonnable — article 6 § 1.

(6) V. nos « Observations » in *RTDH*, juillet 1999, pp. 600-618. La présente communication s'inspire largement de ces récentes observations.

(7) Pour les États membres du Conseil de l'Europe, v. *Législation relative à la réadaptation des personnes handicapées dans seize États membres du Conseil de l'Europe*, ed. du Conseil de l'Europe, 1993, 5^e ed. (la 6^e devrait paraître très prochainement).

dicap, à la fois sociale et globale. Celle-ci est fort récente (8). Pendant longtemps le handicap a été appréhendé uniquement du point de vue médical, puis, bien plus tard, de celui de l'assistance et de la réparation (9). Depuis peu, le handicap physique est très largement entendu comme une ou des frontières « physiques » qui limitent l'individu dans ses rapports avec son environnement quotidien. De là le développement de nouvelles politiques sociales qui, en dehors d'une approche préventive ou thérapeutique, portent sur les « barrières » qu'il conviendrait de lever, pour passer de l'assistance à l'intégration. Nous envisagerons d'abord la socialisation de l'approche du handicap physique (A), puis sa globalisation (B).

A. – *La socialisation de l'approche du handicap physique*

Le handicap est « fonction de la relation entre les personnes handicapées et leur milieu » explique l'auteur du remarquable rapport sur l'invalidité de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (10). Cette définition se fonde directement sur celle de l'OMS. Selon cette organisation, du fait de troubles fonctionnels cliniques objectifs, « le handicap désigne les circonstances ou les désavantages qui limitent le rôle social et économique d'un individu » (11). Aussi le Conseil de l'Europe va-t-il également se baser, explicitement, sur les travaux de l'Organisation mondiale. Pour lui, « le handicap est fonction des rapports des personnes handicapées avec leur environnement (...) Le handicap réside donc dans la perte ou la limitation des possibilités de participer sur un pied d'égalité avec les

(8) V. entre autres : M. CHAIX, « La politique de l'emploi des personnes handicapées », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, mars 1998, p. 93 (cette revue consacre ce numéro spécial à : « L'intégration des personnes handicapées : quelques éléments de bilan ») et L. BOUSSAID, « Etudes comparatives de la situation des non-voyants en Europe : éducation, formation, emploi », *ibid.*, p. 143.

(9) Le terme « invalidité » est inscrit à l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, illustration de cette conception d'assistanat du handicap, fort éloigné des textes plus récents. Il reconnaît à toute personne « le droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille » (...), et « le droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté ».

(10) L. DESPOUY, rapporteur spécial à la Sous-Commission, *Les droits de l'homme et l'invalidité*, série d'études n° 6, ed. NU, NY, 1993, p. 12, § 91. Ce rapport a été rendu à la fin de la Décennie des Nations Unies pour les personnes handicapées (1983-1992). Il constitue l'une des sources d'information les plus complètes sur la situation concrète des handicapés et sur la *lex lata* et la *lex feranda* les concernant.

(11) M. CHAMIE, OMS, *Rapport trimestriel de statistiques sanitaires mondiales*, « État et utilisation de la Classification internationale des handicaps : déficiences, incapacités et désavantages », vol. 43, 1990, p. 279 (cité par L. DESPOUY, *Les droits de l'homme et l'invalidité*, *op. cit.*, p. 13, § 94).

autres individus à la vie de la communauté » (12). Enfin, dans la même veine, la Communauté européenne retient la définition suivante des personnes handicapées : elles sont « *les personnes présentant des déficiences, incapacités ou handicaps sérieux résultant d'atteintes physiques, y compris sensorielles, mentales ou psychiques, qui limitent ou interdisent l'accomplissement d'une activité ou d'une fonction considérée comme normale pour un être humain* » (13).

En d'autres termes, la spécificité du handicap physique est d'isoler d'autrui et d'interdire certains comportements, en raison d'un manque objectif d'autonomie. Partant, la façon la plus immédiate et la plus efficace de remédier aux difficultés rencontrées par les handicapés physiques est d'intervenir sur les « *barrières physiques et sociales qui empêchent leur intégration et leur pleine participation à la vie de la communauté* » (14).

Car l'incapacité physique devient sociale : la probabilité pour un handicapé d'accéder à la formation secondaire ou universitaire est très inférieure à la moyenne, le taux de chômage qui frappe cette population est beaucoup plus élevé que les normes nationales (15), sans compter les effets pervers de certaines « discriminations positives » qui peuvent les stigmatiser (16)... et enfin, d'un point de vue plus juridique, l'exercice de droits civils et politi-

(12) Annexe à la recommandation du 9 avril 1992 n° R (92) 6 du Comité des ministres, « relative à une politique cohérente pour les personnes handicapées », I, 5.2 (v. *infra*).

(13) Définition retenue à l'article 2 de la décision du Conseil du 25 février 1993 établissant le programme HÉLIOS II (citée par J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 160).

(14) L. DESPOUY, *Les droits de l'homme et l'invalidité*, *op. cit.*, p. 1, § 3.

(15) Dans les pays membres de l'Union européenne, le taux d'emploi des personnes handicapées est de 20 à 30 % inférieur à celui des personnes non-handicapées, selon une étude de la Commission européenne citée par le Comité pour la réadaptation et l'intégration des personnes handicapées (« Stratégies d'emploi pour promouvoir l'égalité des chances en faveur des personnes handicapées sur le marché du travail », Rapport final, Conseil de l'Europe, P-SG (98) 11 rév. 2, 25 mai 1999, p. 4). Les personnes handicapées constituent l'une des catégories de la population qui présente le plus de difficultés à s'insérer dans le monde du travail, pour des raisons qui vont de préjugés sociaux, en passant par l'inadaptation de la configuration des locaux et le manque de formation.

(16) « *Presque toutes les expériences de discriminations positives (ont) des aspects positifs et négatifs (...) comme on le constate également aux États-Unis, la création d'une discrimination positive peut avoir pour conséquence psychologique de classer publiquement une catégorie de population dans un registre d'assistance et de créer à leur détriment un effet de stigmatisation* » (Conseil d'État, Rapport public 1996, « Sur le principe d'égalité », *Études et Documents*, n° 48, La Documentation française, 1997, pp. 90-91). Sur les effets pervers de l'« affirmative action » aux États-Unis v. *ibid.*, pp. 69-70. S'agissant des handicapés physiques (mais surtout mentaux « légers »), les importants avantages financiers accordés aux employeurs ont parfois incité ces derniers à faire valoir un handicap qui jusqu'alors était passé inaperçu : « *Les mesures financières proposées pour ces personnes agissent alors comme par un effet de loupe, et, à la limite, plus le travailleur était intégré et plus il devient nécessaire de focaliser sur son inaptitude, sur ce qui le différencie d'un autre employé. Ce changement de regard peut, pour ses personnes, avoir de graves conséquences car il touche au fondement de leur identité* » (N. DIEDERICH, « Quelques effets » pervers « de la loi de 1967 sur la place accordée aux travailleurs handicapés mentaux dans les entreprises », *Revue française des affaires sociales*, *op. cit.*, p. 61).

ques élémentaires leur sont souvent rendu improbable, voire impossible, comme celui de voter pour un handicapé moteur quand la rampe d'accès au bureau de vote fait défaut, ou celui de défense pour un sourd-muet quand il ne bénéficie pas d'un interprète compétent.

Quittant le domaine strictement médical ou celui de l'assistance, les préoccupations des personnes handicapées physiques concernent donc, désormais, également le champ des droits de l'homme.

L'impulsion de cette nouvelle approche est venue des Nations Unies. Ce sont elles qui ont réorienté la problématique et la terminologie du handicap avec l'introduction du « principe de pleine participation et d'égalité » (17). Il n'y est en effet question, outre les aspects de prévention et de rééducation, que d'intégration, de participation à la vie sociale et de respect de l'égalité. Si aucune de ces résolutions adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies n'a une valeur positive, elles ont su largement influencer les politiques européennes et nationales en la matière. C'est ainsi que, dès le 16 décembre 1976, l'Assemblée générale proclamait 1981 « Année internationale des personnes handicapées » (R 31/123 et 34/154), et qu'elle votait le 3 décembre 1982 le « Programme d'action mondial » en leur faveur au terme de l'année 1982 (R 37/52). L'intégration fut à nouveau placée au centre de la résolution 40/31 du 29 novembre 1985 (« Application du programme d'action mondiale concernant les personnes handicapées et Décennie des Nations Unies pour les personnes handicapées ») (18). Enfin dernièrement, le 20 décembre 1993, elle adoptait les « Règles pour l'égalisation des chances pour les personnes handicapées » (R. 46-96).

Outre cette approche sociale, centrée sur l'intégration et l'égalité des chances, on observe aussi, aux Nations Unies comme en Europe, une globalisation de l'approche du handicap.

B. – *La globalisation de l'approche du handicap physique*

On l'a dit, la prise en charge des handicapés physiques par la société est très récente. En Europe, il a fallu attendre les années soixante pour que leurs problèmes soient examinés sous l'angle social (19); en France, par exemple, les premières lois consacrées aux handicapés civils remontent à

(17) V. Conseil de l'Europe, *Une politique cohérente en matière de réadaptation des personnes handicapées*, Ed. du Conseil de l'Europe, 1998, 2^e ed, p. 8.

(18) Rapport de L. Despouy, *Les droits de l'homme et l'invalidité*, op. cit., §§ 10-12, p. 2.

(19) L. BOUSSAÏD, op. cit., p. 143.

1957 (20). Si le passage du handicapé militaire au handicapé physique constitue déjà un progrès, depuis, le handicap est appréhendé de manière toujours plus globale, tant au niveau de son champ personnel d'application (on passe des « invalides militaires », ou des « personnes souffrant d'une hémiplégie », aux « personnes handicapées ») (21), que de son champ matériel (aujourd'hui quasiment tous les domaines sont impliqués : éducatif, professionnel, culturel, sportif, des loisirs, etc.).

On trouve au Conseil de l'Europe deux parfaits exemples de cette globalisation de l'approche du handicap. Tout d'abord, le « Comité pour la réadaptation et le réemploi des invalides » a décidé, lors de sa 14^e session (des 11-14 juin 1991), de s'intituler « Comité pour la réadaptation et l'intégration des personnes handicapées » (22). Ensuite, le Comité des ministres, à la suite de la Conférence des ministres européens responsables des politiques en faveur des personnes handicapées, une première, qui s'était réunie à Paris les 7 et 8 novembre 1991, a adopté la Recommandation R (92) 6, le 9 avril 1992. Cette recommandation, relative à une « politique cohérente pour les personnes handicapées », à laquelle est annexée une longue et très complète annexe, propose aux États membres du Conseil de l'Europe des « lignes directrices pour une politique moderne de réadaptation et d'intégration », fondée sur les principes d'autonomie et de participation. Son objectif est l'insertion sociale et l'épanouissement personnel des personnes handicapées

(20) La loi du 23 novembre 1957 organise un processus d'insertion des invalides civils, de la réadaptation fonctionnelle jusqu'au déplacement. A la suite de la Première Guerre mondiale, deux lois avaient été adoptées en vue de l'aide à l'emploi d'invalides militaires (loi du 30 juin 1923 et 26 avril 1924). V. M. CHAIX, *op. cit.*, p. 93. Il est significatif de souligner que l'année 1955 (soit deux ans avant la loi française) marque un tournant à l'Organisation internationale du travail. Si l'organisation s'était, dès l'origine, préoccupée des travailleurs handicapés, elle adopte en 1955 une recommandation concernant l'adaptation et la réadaptation professionnelle des invalides (n° 99) encourageant l'accès à la formation et à l'emploi. Ce texte a servi de base à de nombreuses législations (v. le Rapport de L. DESPOUY, *Les droits de l'homme et l'invalidité*, *op. cit.*, p. 8, § 51). Le 1^{er} juin 1983 l'OIT adoptera la Convention 159 et la recommandation n° 168 sur la réadaptation professionnelle des personnes handicapées.

(21) V. par exemple : l'« Accord sur l'échange des *mutilés de guerre* entre les pays membres du Conseil de l'Europe aux fins de traitement médical », Série des traités européens, n° 20, 1955; l'« Accord entre les États membres du Conseil de l'Europe sur l'attribution aux *mutilés de guerre militaires et civils* d'un carnet international de bons de réparation d'appareils de prothèse et d'orthopédie », Série des traités européens, n° 40, 1962; la recommandation n° R (92) 6 du Comité des Ministres aux États membres « relative à une politique cohérente pour les *personnes handicapées* », SP/5.1/G.5, *Rec.* (92) 6 (c'est nous qui soulignons).

(22) Ce Comité, créé en 1959 à la suite de l'Accord partiel conclu dans le domaine social et de la santé publique, est aujourd'hui composé d'experts envoyés par les Ministères du travail, de la sécurité sociale et de la santé publique des États membres du Conseil de l'Europe suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, Finlande, France, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède et Suisse; la Hongrie, l'Irlande, la Pologne, la Slovaquie et le Canada y participent en tant qu'observateurs. V. son rapport d'activité 1995-1996 « Intégration des personnes handicapées », Strasbourg 1997, P-SG (97) 1.

dans tous les domaines. Elle conçoit cette insertion comme un processus continu qui va du diagnostic précoce, à la scolarité, au travail et aux activités récréatives, avec entre autres une préférence explicite pour les formes d'emploi en milieu ordinaire (23). *Ainsi la démarche générale en Europe veut-elle que les États membres du Conseil de l'Europe se soient tous inquiétés de l'intégration scolaire et professionnelle des handicapés. Aussi, et même s'ils y parviennent de manière inégale, tous ces États ont adopté « une panoplie de mesures volontaristes qui visent à contrecarrer les risques d'exclusion »* (24). Aussi les deux paragraphes de l'article 15 de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 élèvent-ils « au rang de droit social distinct le droit à la formation professionnelle et à la réadaptation professionnelle et sociale des personnes physiquement ou mentalement diminuées » (25). Mais on l'a dit, les préoccupations étatiques sont allées encore plus loin, l'intégration scolaire ou professionnelle des handicapés ne suffisant plus. Suivant le nouveau paragraphe 3 de l'article 15 de la Charte révisée, il faut « favoriser leur pleine intégration et participation à la vie sociale, notamment par des mesures, y compris des aides techniques, visant à surmonter des obstacles à la communication et à la mobilité et à leur permettre d'accéder aux transports, au logement, aux activités culturelles et aux loisirs ». Le nouveau mot d'ordre est celui de l'« exercice effectif du droit à l'autonomie », selon les termes de l'article 15 de la Charte sociale révisée, afin de « garantir le plein respect de la dignité humaine (...) et de promouvoir la pleine intégration », selon, par exemple, les premiers mots de la loi-cadre italienne, concernant les droits de la personne handicapée, du 5 février 1992 (26).

Pour finir ce rapide tour d'horizon sur la nouvelle approche du handicap en Europe, il convient de vérifier le développement d'une approche similaire dans le cadre communautaire.

(23) Conseil de l'Europe, « Une politique cohérente en matière de réadaptation des personnes handicapées », *op. cit.*, 59 p. Pour les travaux plus récents sur l'emploi dans le milieu ordinaire du travail au Conseil de l'Europe. v. Comité pour la réadaptation et l'intégration des personnes handicapées, « Le passage de l'emploi protégé vers l'emploi ordinaire », 1996 et « Stratégies d'emploi pour promouvoir l'égalité des chances en faveur des personnes handicapées sur le marché du travail », *op. cit.*

(24) P. TURPIN, « L'intégration des personnes handicapées », *Problèmes politiques et sociaux*, La documentation française, n° 677, 3 avril 1992, p. 2. Pour la France, v. la loi d'orientation du 30 juin 1975 et la loi du 10 juillet 1987 et Cour des comptes, Rapport au Président de la République sur les politiques sociales en faveur des personnes handicapées adultes, *Journal officiel*, novembre 1993, 299 p

(25) Conclusions du Comité d'experts sur l'article 15 de la Charte sociale, citées in *Droits sociaux fondamentaux, jurisprudence de la Charte sociale européenne*, L. Samuel, ed. Conseil de l'Europe, 1997, p. 365.

(26) Loi n° 104, 5 février 1992, *Supplemento ordinario alla Gazzeta ufficiale*, 17 février 1992, Série générale, n° 39, p. 5.

Longtemps les seuls textes qui pouvaient y intéresser les personnes handicapées se limitaient aux travailleurs invalides, suivant la logique communautaire traditionnelle (27); puis, grâce à l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés européennes, la protection des personnes handicapées s'est étendue à la famille du travailleur communautaire, sur le fondement de l'égalité de traitement posée par l'article 48 du Traité (28). Mais depuis, la perspective communautaire s'est encore élargie, au point que le programme d'action « Hélios II », concernant l'intégration des personnes handicapées en Europe, a étendu son champ d'application à l'accès aux activités de créativité, du sport et du tourisme, dans le souci de l'épanouissement intégral de la personne handicapée (29).

On doit aussi retenir, parmi les nombreux textes à caractère politique qui jalonnent ces années, la résolution « concernant l'égalité des chances pour les personnes handicapées » adoptée le 20 décembre 1996 au sein du Conseil de l'Union européenne. Le début de son dispositif est tellement explicite qu'il mérite, à notre sens, d'être cité *in extenso* : « *le Conseil de l'Union et les représentants des États membres, réunis au sein du Conseil (...)* I réaffirment leur attachement : 1. *Aux principes et aux valeurs qui sous-tendent les règles des Nations Unies pour l'égalisation des chances des personnes handicapées*; 2. *aux idées sur lesquelles repose la résolution du Conseil de l'Europe du 9 avril 1992 relative à une politique cohérente en matière de réadaptation des personnes handicapées*; 3. *au principe de l'égalité des chances dans l'élaboration de politiques globales à l'égard de personnes handicapées* et 4. *au principe consistant à éviter ou à supprimer toute forme de discrimination négative fondée uniquement sur un handicap* » (30). On relèvera ici trois faits marquants : 1) le renvoi aux représentants des États membres indique clairement les hésitations du Conseil à aller trop loin en la matière, car la responsabilité principale des telles politiques revient aux États membres; 2) la référence aux travaux des Nations Unies et au Conseil de l'Europe manifeste l'origine de cet élan et son caractère universel; 3) l'accent porté sur la non-discrimination, le Traité révisé instituant la Communauté européenne se placera aussi sur ce terrain. Enfin, à l'ensemble de ces textes, s'ajoute une déclara-

(27) V. les articles 37 à 43 du règlement CEE n° 1408/71 concernant l'invalidité des travailleurs salariés ou non salariés (v. A. GUGGENBUHL et St. LECLERC, *Droit social européen, des travailleurs salariés et indépendants. recueil de la législation et de la jurisprudence de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 305-306 et pp. 313-319).

(28) V. CJCE, 17 juin 1973, *Michel S. c. Fonds national de reclassement social des handicapés*, *Rec.* 1973, p. 457; 17 juin 1975, *Epoux F. c. État belge*, *Rec.* 1975, p. 679; 16 décembre 1976, *Vito Inzirillo c. Caisse d'Allocations familiales de l'arrondissement de Lyon*, *Rec.* 1976, p. 2057; 12 janvier 1993, *Hugo Schmid c. Belgische Staat*, *Rec.* 1993, p. 3011.

(29) V. Commission des Communautés européennes, Note d'information, Bruxelles, 2 octobre 1991 (cité in *Problèmes politiques et sociaux*, *op. cit.*, p. 47).

(30) *J.O.C.E.*, 13 janvier 1997, n° C 12, p. 2 (également in : *Recueil international de législation sanitaire*, 1997, n° 48(2), pp. 280-281).

tion importante de la Conférence intergouvernementale selon laquelle « *lors de l'élaboration de mesures en vertu de l'article 100 A, les institutions de la Communauté doivent tenir compte des besoins des personnes handicapées* ». Sur cette base, le Conseil pourra donc, à la majorité qualifiée, adopter des directives ayant pour objet le rapprochement des législations, directives dont l'application pourra être soumise au contrôle de la CJCE (31).

Incontestablement, la conception du handicap est donc en pleine progression en Europe. On est très loin de l'ancienne approche d'assistance et de prise en charge économique. Dorénavant, il s'agit d'encourager les États à prendre les mesures nécessaires à une participation des personnes handicapées à la vie sociale aussi complète que possible. Pourtant, si les progrès sont considérables, d'importants obstacles subsistent à leur pleine participation. Ainsi la recommandation du Conseil de l'Europe R (92) 6, comme tant d'autres, qui n'ont certes qu'une valeur incitative, n'a-t-elle pas atténué les graves disparités nationales qui partagent encore les États. En effet, un large écart dans les politiques sociales demeure; écart qui s'explique souvent par des niveaux de développements économiques différents (Europe de l'Ouest/ Europe de l'Est, Europe du Nord/ Europe du Sud), mais également, en raison de l'hétérogénéité des objectifs poursuivis. À titre d'exemple, la Suède et la Norvège ont fait le choix d'une politique « *hardie dont le leitmotiv est la participation équilibrée des non-voyants (...) à toutes les activités sociales, c'est-à-dire la citoyenneté à part entière pour tout handicapé* »; tandis que la France et la Grande-Bretagne fondent encore leurs politiques sociales sur la « *lutte contre l'exclusion (... et) la protection des handicapés* » (32). On devine les implications de tels choix du point de vue de l'intégration. Les non-voyants dans les pays scandinaves suivent généralement l'ensemble de leur scolarité selon le *cursum* ordinaire, tandis qu'en France, ils sont le plus souvent orientés vers des institutions spécialisées (33).

L'intégration très imparfaite des personnes handicapées peut entraîner la violation de leurs droits les plus courants. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme était récemment interrogée par une personne handicapée moteur sur le terrain de l'article 8.

(31) Pour plus de développements sur l'action communautaire, v. J. CHARPENTIER, *op. cit.*, pp. 159-172.

(32) L. BOUSSAÏD, *op. cit.*, pp. 145-146.

(33) Dans les États membres, on évalue qu'entre 1 % à 6 % des personnes handicapées quittent l'emploi protégé pour le milieu « normal », le taux est de 1 % pour la France (v. G. PODESTA LE POITTEVIN, « L'intégration professionnelle des personnes handicapées : notes sur les réflexions du Conseil de l'Europe », *Revue française des affaires sociales, op. cit.*, p. 153).

II. — QUI RÉCLAMERAIT UNE NOUVELLE APPROCHE
DE LA GARANTIE DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES PHYSIQUES
PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Centrer la politique sociale des personnes handicapées sur l'autonomie, l'intégration et l'épanouissement change radicalement la perspective du respect des droits de l'homme. Dans le cadre européen, c'est la CEDH qui occupe la première place en matière de garantie de droits de l'homme, bien avant la Charte sociale — dont le système de contrôle n'est pas juridictionnel —, et le Traité instituant la Communauté européenne — dont l'article 13 n'entre pas dans la compétence de la CJCE. La CEDH, on le sait, garantit des droits civils et politiques très classiques ; ce qui fait donc la singularité de cette convention, c'est son système de contrôle.

Or, en raison des revendications très concrètes des personnes handicapées, la lecture des droits civils et politiques prend nécessairement une coloration « sociale ». Parce qu'exiger le respect du droit de vote, c'est réclamer, concrètement, la construction de rampes d'escalier pour accéder aux bureaux de vote. Le risque est grand alors de renvoyer l'application de ces droits aux procédures de contrôle propres aux droits économiques et sociaux et partant, dans le droit de la Convention européenne du moins, à quasiment en interdire la justiciabilité. Le récent arrêt de la Cour de Strasbourg du 24 février 1998, *Botta c. Italie* est à cet égard exemplaire (34). C'est pourquoi aborder la question des droits des personnes handicapées sous l'angle de la revendication de droits sociaux nous paraît conduire, au moins à court terme, à une impasse (A), de même la voie de non-discrimination ne nous semble guère plus accessible, pour l'instant (B), c'est donc plutôt par le biais de l'effectivité du droit que la spécificité des revendications des personnes handicapées pourra être mieux prise en compte par la Cour de Strasbourg (C).

A. — *Impasse des droits sociaux*

La CEDH ne contenant aucune disposition relative aux droits économiques et sociaux (35), la Charte sociale européenne, dans ses deux ver-

(34) M. Maurizio Botta se déplaçant en fauteuil roulant, s'est rendu deux années consécutives dans une station balnéaire de la côte adriatique italienne, mais, ni les établissements de bains privés, placés sous régime de concession, ni les plages publiques de la commune, n'étaient équipés de manière à permettre l'accès à la plage et à la mer aux handicapés moteurs ; de même, aucune installation sanitaire spécialement aménagée n'était prévue ; et ceci en infraction avec la législation italienne. Après différents recours infructueux, il a invoqué devant la Cour européenne les articles 8 (vie privée et familiale) et 14 (non-discrimination) combiné avec l'article 8, pour violation de son droit au développement de sa personnalité. La Cour a considéré l'article 8 inapplicable, et donc, les articles 14 et 8 combinés également inapplicables.

(35) En dehors du droit d'association qui comprend la liberté syndicale.

sions (36), ne prévoyant pas de mécanisme de contrôle juridictionnel (37), des interprétations sociales d'articles de la Convention sont régulièrement proposées. Que la Charte sociale soit directement invoquée ou non, la réponse de la Cour à l'interprétation sociale de ces dispositions est généralement négative, comme l'a confirmé l'arrêt *Buckley c. RU.* (38). Les limites de la jurisprudence *Airey* sont connues, bien que la Cour ait clairement affirmé que nulle cloison étanche ne sépare les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux (39).

Devant les réticences des organes de Strasbourg à élargir le champ d'application matériel de la Convention, l'élaboration d'un Protocole additionnel à la Convention portant sur des droits économiques est régulièrement proposée. Ces droits, qu'il conviendrait de formuler de façon suffisamment précise, bénéficieraient alors de la garantie juridictionnelle de la Convention. Un tel protocole, hautement improbable en l'état actuel des choses, est repoussé de discussions en discussions ou transformé en résolutions pleines de vœux pieux (40).

Dans cette attente, les requérants continuent à invoquer des dispositions la Convention en en proposant une interprétation sociale. Les techniques d'interprétation systématique et consensuelle se trouvent alors très utiles. Monsieur Botta a donc utilisé ces deux méthodes pour fonder, en partie, son argumentation. Aussi la Cour, dans son arrêt, à la suite de la Commission, renvoie-t-elle à la recommandation, bien connue, du Comité des Ministres n° R. (92) 6 du 9 avril 1992, à la recommandation de l'Assemblée parlemen-

(36) Une Charte sociale révisée a été adoptée le 3 avril 1996 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Ouverte à la signature des États membres depuis le 3 mai 1996, elle est destinée à se substituer à la Charte sociale européenne. V. Ch. Pettiti, « La Charte sociale européenne », *RTDH* 1997, p. 3.

(37) Même si le mécanisme de contrôle de la Charte sociale révisée a été amélioré, par l'intégration de la procédure des « réclamations collectives » instaurée par le Protocole de 1995 à la Charte sociale, il demeure non-juridictionnel. V. F. SUDRE, « Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives », *RGDIP*, 1996, pp. 715-725.

(38) Arrêt du 25 septembre 1996, *Rec. des arrêts et déc.* 1996, n° 16. C'est la première saisine de la Cour d'une affaire concernant la communauté tzigane étudiée sur le terrain des articles 8 et 14 combiné avec l'article 8. Le juge Pettiti dans son opinion dissidente est sévère. De manière générale sur les droits sociaux, v. M. LEVINET, « Recherche sur les fondements du » droit au développement de l'être humain « à partir de l'exemple de la CEDH », in *Les droits fondamentaux*, sous dir. J.Y. Morin, Bruylant, 1997, pp. 43-71.

(39) Arrêt *Airey*, 9 octobre 1979, série A, vol. 32, §. 26.

(40) V. par exemple les discussions en cours au sein du Comité directeur du Conseil de l'Europe pour les droits de l'homme (CCDH) lors de la session de juin 1999, concernant l'adoption d'une recommandation portant sur un « droit à la satisfaction des besoins humains matériels élémentaires ». L'idée d'un suivi n'est pour l'instant pas retenue. Pour une liste de ces résolutions adoptée par l'Assemblée parlementaire et le Comité des ministres v. l'article de P.H. IMBERT, « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *RDP*, 1989, pp. 739-766.

taire n° 1185 (1992), relative aux politiques de réadaptation pour les personnes ayant un handicap, et à l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée. Certes, aucun de ces instruments n'a force obligatoire (la Charte sociale révisée est entrée en vigueur postérieurement à l'arrêt et elle ne lie toujours pas l'Italie), mais les juges se sont déjà référés à des textes à valeur incitative pour conforter leur position. Rien, en effet, n'interdit que ces instruments puissent aider à l'identification d'un consensus. En particulier, les organes de la Convention peuvent tenir compte du consensus qu'il pourrait y avoir parmi les États membres sur la question examinée avant de reconnaître l'existence d'obligations positives (41).

Or, alors que les trois textes invoqués dans l'affaire *Botta* auraient pu être considérés comme l'expression d'une certaine communauté de vue en Europe, s'agissant d'un droit au développement autonome des handicapés, la Commission défend la position contraire. Tout d'abord, elle ignore les deux recommandations, ce qui n'allait pas nécessairement de soi. Ensuite, et surtout, elle retourne l'argument de la Charte sociale. Pour elle, en effet, invoquer en cette affaire la Charte sociale révisée pour interpréter l'article 8, constitue la preuve de la non application de cette disposition, démontrant que « *le caractère social de ce droit appellerait des mécanismes de protection plus souples, notamment du genre de celui mis en place par la Charte sociale européenne* ». Elle craint en particulier les implications financières qu'exigeraient de telles installations consacrées aux handicapés moteurs, si elles se voyaient imposées aux États en vertu de l'article 8 (§ . 28 de l'arrêt). On le sait, la Cour a depuis longtemps précisé qu'elle n'avait pas à « dicter » aux États « les mesures à prendre », ni même à « les indiquer » (42). Le requérant, en réponse à cet argument, va estimer devant la Cour que ce renvoi à la Charte sociale révisée est « inacceptable », car la nouvelle version de la Charte a été ouverte à la signature quatre ans après l'introduction de la requête devant la Commission (§ 30). La Cour, toutefois, avalise tacitement la position de la Commission puisqu'elle ne réexamine pas la question.

L'argument technique de la Commission est convaincant et surtout prudent. On l'a dit, la Convention n'a pas pour vocation d'assurer les droits énoncés dans la Charte sociale, révisée ou non. Recourir à la Charte sociale pour interpréter une disposition de la Convention ne constituerait certes pas une première, elle est même acquise de longue date. Mais, l'étendue du droit énoncé à l'article 15 § 3 de la Charte révisée et son caractère programmatique (il faut « *favoriser leur pleine intégration et participation à la vie sociale* »)

(41) S. RONDELLI, « Sources subsidiaires pour l'application de l'article 8 CEDH ? », *Affari sociali internazionali*, 1995, n° 3, p. 84. Aussi, à titre indicatif, rappelons que la Cour a renvoyé « au surplus », dans son arrêt *Marcks*, à la résolution 70 (15) du 15 mai 1970 du Comité des Ministres relative à la protection sociale des mères célibataires et de leurs enfants, pour fonder l'applicabilité de l'article 8 (arrêt du 13 juin 1979, série A, n° 31, § 31).

(42) Arrêt *Airey*, *op. cit.*, § 26

paraissent interdire le système de protection instauré par la Convention européenne. Un tel droit peut-il être « justiciable » ? Le contrôle de sa mise en œuvre peut-il être autre que celui non-juridictionnel de la Charte sociale révisée ?

Il nous semble pourtant qu'en l'affaire *Botta*, il ne s'agissait pas de charger le système de contrôle de la CEDH de la garantie des droits économiques, en particulier ceux énoncés dans la Charte sociale. La susceptibilité des États est trop connue. La CEDH et la Charte sociale, même dans sa version révisée, sont deux instruments qui engagent les États de façon totalement différente aussi bien du point de vue matériel que du point de vue des techniques de contrôle (43). On le sait, la Cour européenne n'a jamais eu l'audace du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

B. – *La voie de la non-discrimination
est-elle plus ouverte ?*

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et la CJCE ont privilégié la voie de la non-discrimination. Ainsi le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, chargé du contrôle du Pacte international des droits civils et politiques, n'a-t-il pas hésité à garantir de nombreux droits sociaux, formulés par ailleurs dans le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, par le biais du droit à la non-discrimination. Car, il a fait de l'article 26 du PIDCP un droit autonome (44). De même, la récente révision du traité de Rome sur la Communauté européenne intègre-t-elle le « handicap » par le biais de la non-discrimination. Ce traité communautaire permettra-t-il de pallier les insuffisances de la garanties des droits de l'homme des personnes handicapées ? Déjà, d'autres dispositions du traité de Rome originaire s'inquiétaient de l'égalité entre hommes et femmes et depuis, la jurisprudence communautaire avait consacré le principe d'égalité comme l'un « des principes fondamentaux du droit communautaire » (45). Mais la nouveauté de l'article 13 du traité instituant la Communauté européenne vient de la liste des discriminations qu'il contient. Il affiche une version moderne, voir franchement « libérale », des articles 14 de la CEDH et 26 du PIDCP, par ses références à « l'origine ethnique », au « handicap » et à

(43) À cet égard la position du gouvernement italien dans l'affaire *Botta* est claire : « Une interprétation large dudit article incluant dans les obligations positives pesant sur les États celle d'assurer le développement satisfaisant des activités récréatives des personnes reviendrait à dénaturer le sens de la disposition en cause au point de la rendre méconnaissable aux yeux de ceux qui en furent les auteurs » (§ 29 de l'arrêt).

(44) L'article 26 du PIDCP permet en particulier de garantir le droit à la sécurité sociale, formulé à l'article 9 du PIDESC. V. l'Observation générale du Comité des droits de l'homme sur l'article 26, 29 juillet 1989, *HRI/Gen/I/Rev. 1*, p. 29.

(45) F. SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam . vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *JCP*, 7 janv. 1998, I, 100, p. 12.

l'« orientation sexuelle ». Cette disposition n'entre cependant pas immédiatement dans la compétence de la CJCE, elle autorise seulement le Conseil à prendre, à l'unanimité, des mesures en la matière. Il paraît donc peu probable que la CJCE puisse en l'espèce compenser les faiblesses de la protection assurée par la Cour de Strasbourg. Toutefois, la CEDH visée par ailleurs plusieurs fois dans le texte du traité communautaire permettra peut-être d'intégrer les droits de la Convention. Encore faudrait-il que le juge de Luxembourg accepte de donner une lecture « sociale » des droits énoncés dans la CEDH ou de mettre l'accent sur leur effectivité.

Allant bien au-delà de la non-discrimination, les législations nationales européennes, dans le but de compenser les difficultés d'intégration rencontrées par les handicapés physiques, ont instauré de nombreuses politiques de discriminations positives. Ainsi, pour le Conseil d'État français : quand une « *loi adapte le Code du travail afin d'améliorer l'insertion des travailleurs handicapés, son objet même est de réduire une inégalité en créant une discrimination positive au bénéfice des personnes en situation défavorables* » (46). On le sait, la discrimination positive consiste à « *rétablir une égalité des chances rompue par les aléas de la vie en créant des droits différenciés et conformes à la conception équitable de l'égalité qui pourrait être mise en œuvre par la loi* » (47). Le rôle du juge devient alors essentiel (48).

Sans même aller jusque-là (de telles exigences pourraient-elles être imposées par le biais d'obligations positives?), la voie de la non-discrimination paraît pour l'instant quasiment fermée à Strasbourg. Il est vrai que la Cour est dans l'expectative : les travaux d'un nouveau protocole, le Protocole n° 12, consacrant un droit autonome à la non-discrimination, aboutiront peut-être, dans le meilleur des cas, vers la fin de l'an 2000 (après bien des années de discussion). Aussi serait-il curieux que la Cour décide aujourd'hui d'élargir l'applicabilité de l'article 14. Or, en l'état actuel des choses, l'inapplicabilité de l'article 8 affirmée, comme en l'affaire *Botta*, l'examen de l'article 14 combiné avec l'article 8 est rendu impossible. En effet, si l'article 14 possède une portée autonome de plus en plus affirmée, il ne peut s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'emprise de l'une des clauses normatives de la Convention. On peut néanmoins regretter qu'en cette affaire

(46) Conseil d'État, Rapport public 1996, *Sur le principe d'égalité*, op. cit., p. 86.

(47) *Ibid.*, p. 91.

(48) Toujours, dans son rapport annuel sur l'égalité, le Conseil d'État cite et approuve les propos tenus à la fin du XIX^e siècle par Edouard Laferrière dans son *Traité de la juridiction administrative* (1887) : « *La jurisprudence peut seule dégager les principes permanents des dispositions contingentes dans lesquels ils sont enveloppés, établir une hiérarchie entre les textes, remédier à leur silence, à leur obscurité ou à leur insuffisance, en ayant recours aux principes généraux du droit ou à l'équité* ». Et le Conseil d'État d'ajouter « *Compte tenu de l'ampleur de ce qui a été appelé la fracture sociale, cette faculté de discrimination positive offerte aux pouvoirs publics devrait-elle devenir une obligation à l'exécution de laquelle le juge serait chargé de veiller?* » (*Traité de la juridiction administrative*, 1887 (*ibid.*), pp. 91-92).

Botta, les organes de la Convention aient préféré décider en premier lieu de l'applicabilité du seul article 8. On sait, en effet, combien l'examen unique de l'applicabilité des articles 14 et 8 combinés a pu ouvrir la « vie familiale » aux prestations sociales (49). Mais l'interprétation sociale de la convention par le canal de l'article 14 connaît aussi ses limites.

Restait donc la voie de l'effectivité du droit. Dans l'affaire *Botta*, elle n'a été explorée ni par le requérant, ni par la Cour.

C. – *L'effectivité du droit*

Le problème essentiel posé par les revendications des personnes handicapées physiques, ne se pose pas en termes de « discriminations positives », il se pose peu en termes d'attribution de droits spécifiques, mais bien en termes d'exercice effectif des droits reconnus et spécialement en la garantie de la participation à la vie sociale.

Or, la Cour en l'affaire *Botta c. Italie* n'a pris en compte, ni l'évolution récente du consensus européen, ni la spécificité de la situation d'une personne handicapée physique. Elle aurait pourtant pu se montrer plus audacieuse, comme elle n'a pas hésité à le faire dans son arrêt *Guerra et autres c. Italie*, adopté cinq jours auparavant; où confrontée à la revendication d'un quasi « droit à un environnement sain », elle a interprété très largement ce même article 8, pour en garantir l'effectivité (§ 58). Il est vrai que les « aléas de la notion de 'vie privée' » (50) amènent parfois à douter de la cohérence de la jurisprudence élaborée par le juge de Strasbourg.

De fait, c'est sur le terrain de l'effectivité de l'article 8 qu'on attendait la Cour. Charles de Visscher a pu écrire sur l'effectivité : « *On dira d'une convention, d'une disposition conventionnelle qu'elle accède à l'effectivité quand il apparaît que sa pleine réalisation impose la recherche de fins supérieures, de potentialités que les parties, sans les avoir énoncées, doivent nécessairement avoir envisagées. L'effectivité recherchée a tendance à 'construire' (...)* » (51). D'autant que la Cour européenne de Strasbourg n'a pas hésité à faire de l'effectivité du droit le principe majeur de son interprétation constructive de

(49) Ainsi, dans l'affaire *Antun Petrovic*, la Cour n'a pas examiné l'article 8 isolément, ce qui lui évite de s'interroger sur l'existence en tant que tel d'un droit à bénéficier d'un congé parental rémunéré; elle a reconnu l'applicabilité combinée des articles 8 et 14, en affirmant que la législation en cause entraine dans le champ d'application de la « vie familiale » (arrêt du 27 mars 1998, §§ 22-29). Déjà dans l'affaire *Gaygusuz*, la Cour avait décidé ensemble de l'applicabilité des articles 14 de la CEDH et 1^{er} du Protocole I, élargissant ainsi le champ d'application de l'article 1^{er} aux allocations d'urgence pour les chômeurs en fin de droits (arrêt du 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-IV, §§ 36 et s.).

(50) Du titre de la contribution de F. Sudre dans *Mélanges en l'honneur de L.É. Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 687-706.

(51) Ch. DE VISSCHER, *Les effectivités du droit international public*, Pedone, Paris, 1967, p. 77.

la Convention. Ainsi a-t-elle exposé : « *L'objet et le but de cet instrument de protection des êtres humains appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives* » (52). Elle recourt ainsi à l'effectivité du droit pour construire sa notion d'obligations positives (53).

On l'a dit, les droits des handicapés sont les mêmes que ceux de tout homme. Dans le cadre de la CEDH, il ne s'agit donc pas d'imposer des obligations supplémentaires aux États mais de garantir l'effectivité des droits. Il ne s'agit pas, par exemple, de réclamer la protection d'un « droit à l'accès au bureau de vote » mais tout simplement le garantir le droit à des élections libres (article 3 du Protocole I). La personne handicapée ne réclame pas une extension du champ d'application du droit, mais l'effectivité de sa garantie, soit pour cet exemple, « l'égalité de tous les citoyens dans l'exercice de leurs droits civiques » (54).

En l'affaire *Botta*, de manière novatrice et audacieuse, la Cour a défini ainsi la finalité de la garantie offerte par l'article 8 de la Convention : « *assurer le développement de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables* » (§ 32) (55). Or, pour requérant, ne pas construire de rampe d'accès à la plage et à la mer et ne pas aménager un local hygiénique ainsi qu'une cabine de bain spécialement conçus pour les handicapés moteurs, lui interdit l'accès à la plage et à la mer, et donc, l'empêche de nouer certains liens avec ses semblables. Sans préjuger de l'applicabilité de l'article 8, il nous paraît donc discutable de réduire, comme le fait la Cour, le grief de M. Botta à la revendication du droit « *de pouvoir accéder à la plage et à la mer loin de sa demeure habituelle pendant ses vacances* » (arrêt § 35). Si tel avait été le cas, le grief portant sur ce prétendu droit aurait, de fait, été bien frivole. La revendication de M. Botta illustre les difficultés quotidiennes des handicapés physiques, auxquelles une société soucieuse de n'exclure aucun de ses membres devrait pouvoir remédier.

D'autant que la législation italienne exige précisément ce type d'installations, et qu'en l'espèce, sa non-exécution n'a pas été accompagnée de sanc-

(52) Arrêt *Soering*, 7 juillet 1989, série A, n° 161, p. 34, § 87; formule qu'elle a largement réitérée.

(53) V. F. SUDRE, « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 363.

(54) Il est vrai que le droit de vote a justement fait l'objet d'une construction prétorienne dans le cadre de la CEDH, puisqu'il n'est pas garanti en tant que tel par la Convention (v. l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt* du 2 mars 1987, série A, vol. 113, § 51)

(55) Déjà dans son arrêt *Niemetz c. Allemagne*, du 6 décembre 1992, elle avait reconnu que « *le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables* » (§ 29).

tion (56). Il est vrai que le problème de la justiciabilité des droits des personnes handicapées est une difficulté constante à laquelle ils sont confrontés. Partout dans le monde, les handicapés ont « toujours » d'« énormes difficultés à obtenir des gouvernements et des tribunaux l'application de ces lois générales dans leur cas particulier », et si des mesures spécifiques ont été adoptées en leur faveur, elles sont exceptionnellement accompagnées de sanction (57).

Exiger l'accès des personnes handicapées physiques aux lieux publics tels les stades, les centres commerciaux ou les bâtiments de l'administration publique ne relève donc pas du luxe; il ne s'agit pas de consacrer de nouveaux droits, mais simplement d'assurer l'exercice effectif de droits connus : la liberté d'aller et venir, le droit de vote, etc. Le problème ne se pose donc guère en termes de « discriminations positives », il se pose peu en termes d'attribution de droits spécifiques, mais bien en termes d'exercice effectif des droits reconnus. La personne handicapée plutôt que de revendiquer une extension du champ d'application du droit, est le plus souvent amenée à réclamer l'effectivité de sa garantie.

* *
*

(56) Ni la loi n° 13 du 9 janvier 1989 (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 26 janvier 1989, Série générale, n° 21, pp. 3-5) n'a été respectée sur ce point, ni celle postérieure n° 104, du 5 février 1992 (*Supplemento ordinario alla Gazzetta ufficiale*, 17 février 1992, Série générale, n° 39, p. 5). La seconde loi en particulier, après avoir rappelé à l'article 1^{er} la finalité de ce type de législation (garantir la dignité, la liberté et l'autonomie de la personne humaine et de promouvoir « au maximum » la pleine intégration de la personne dans la société afin d'empêcher la marginalisation et l'exclusion sociale), ordonne l'accès aux édifices publics ou privés et aux lieux publics ou ouverts au public (article 8, c), ainsi que l'« accès effectif » aux activités sportives, touristiques et récréatives, et en particulier aux stations balnéaires placées sous régime de concession (article 23, § 3). On ne sera peut-être pas surpris d'apprendre que l'Italie est le seul État membre du Conseil de l'Europe à avoir fait l'objet de critiques pour ne pas avoir satisfait aux dispositions du deuxième paragraphe de l'article 15 de la Charte dans sa version de 1961 (v. *Droits sociaux fondamentaux, jurisprudence de la Charte sociale européenne, op cit.*, p. 372).

(57) *Ibid.*, p. 42, § 256.

