



Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 141 (2022) II

Schweizerischer Juristentag 2022

Der Einfluss der EMRK im Zivil- und Strafrecht

Congrès de la Société suisse des juristes 2022

L'influence de la CEDH en droit civil et en droit pénal



Unterstützt durch die Schweizerische Akademie
der Geistes- und Sozialwissenschaften
www.sagw.ch

ISBN 978-3-7190-4640-8
ISSN 0254-945X

© 2022 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich
geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen
bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Inhaltsübersicht/Sommaire

Der Einfluss der EMRK auf das Schweizerische Zivilgesetzbuch	
ROLAND FANKHAUSER	5
L'influence de la CEDH sur le droit suisse: éléments de droit pénal spécial et de droit de la coopération internationale en matière pénale	
MARIA LUDWICZAK GLASSEY	83
L'influence de la CEDH en droit civil: aspects choisis du droit des personnes physiques et de la famille	
MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN	155
Trials and Punishment in the Rule of Law: The Influence of the ECHR on Criminal Law and Process	
SARAH SUMMERS	275



Der Einfluss der EMRK auf das Schweizerische Zivilgesetzbuch

ROLAND FANKHAUSER*

* Prof. Dr. iur., Advokat, LL.M. (Europainstitut ZH), Professor an der Universität Basel. Grösster Dank gebührt Frau B.A. und stud. iur. Julia Burkart, welche insb. die gesamte Literaturrecherche sowie die Leitung der Vorbereitungsarbeiten übernommen hat. Frau Burkart sowie Frau MLaw Anna Bleichenbacher und stud. iur. Noémie Neuhaus haben die Redaktion massgeblicher Textteile und -entwürfe übernommen. Frau lic. phil. und MLaw Nadja Fischer danke ich ebenfalls für wertvolle Hinweise.



Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitende Bemerkungen	8
B.	Die Schweiz und die EMRK	10
I.	Der Beitritt der Schweiz zur EMRK	10
II.	Das Kontrollsystem der EMRK und die Umsetzung in der Schweiz	12
III.	Die dynamische Auslegung und die Kritik daran	15
C.	Variationen der Auswirkungen der EMRK	17
I.	Einleitende Bemerkungen	17
II.	Zu den einzelnen Erscheinungsformen der Auswirkungen	18
1.	Auswirkungen auf den Gesetzgeber	18
2.	Auswirkungen auf die Rechtsprechung	19
3.	Rezeption in der Lehre	19
D.	Der Einfluss der EMRK auf ausgewählte Gebiete des ZGB	20
I.	Einleitende Bemerkungen und Übersicht	20
II.	Personenrecht	20
1.	Persönlichkeitsrecht/Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung	20
2.	Geschlechtsänderung	22
a.	Ausgangslage/Entwicklung in der Schweiz	22
b.	Rechtsprechung des EGMR und Auswirkungen in der Schweiz	25
c.	Fazit	28
3.	Vereinsrecht	28
III.	Familienrecht	31
1.	Eheschliessungsrecht	31
a.	Wartefrist nach der Scheidung für den schuldhaften Ehegatten (Art. 150 aZGB)	31
b.	Wartefrist von 300 Tagen für Frauen (Art. 103 aZGB)	34
c.	Absolutes Eheverbot für Geisteskranke (Art. 97 Abs. 2 aZGB)	35
d.	Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Eheschliessung (Art. 99 Abs. 1 aZGB/Art. 94 Abs. 2 aZGB)	36
e.	Eheverbot bei Stiefkindverhältnissen	37
f.	Fazit	38
2.	Familiennamensrecht	40
a.	Ausgangslage	40
b.	Der Fall Burghartz	41
c.	Auswirkungen in der Schweiz	43
d.	Fazit	47
3.	Abstammungsrecht	48
4.	Adoptionsrecht	49
a.	Allgemeines	49
b.	Der Entscheid Emonet	50
c.	Weitere beeinflussende Entscheide des EGMR	52
d.	Ehe für alle	55
e.	Fazit	56
5.	Reproduktionsmedizin	57
a.	Einleitende Bemerkungen	57
b.	Entwicklung in der Schweiz	58
c.	Zukünftige Entwicklung	60
d.	Fazit	61
6.	Erwachsenenschutzrecht/Vormundschaftsrecht	62

IV. Erbrecht	67
V. Sachenrecht	68
E. Versuch einer Gesamtanalyse in Form von Thesen	69
Literatur	73

A. Einleitende Bemerkungen

Es ist für einen Autor und sein mitwirkendes Team gleichsam frustrierend wie auch beklemmend, einen solchen Beitrag just in einem Jahr zu verfassen, in dem in eklatanter Weise die Europäischen Menschenrechte in der Ukraine mit Füßen getreten werden. Die Worte von RIETIKER im Jahre 2015, ein Jahr nach der Annexion der Krim durch Russland, zum 40-jährigen Beitritt der Schweiz zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten¹ (nachfolgend EMRK) gewinnen damit leider erneut an dramatischer Aktualität: Fluchtbewegungen können zu deutlicher Geschäftszunahme am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (nachfolgend EGMR) führen und mit den von Russland beanspruchten gewaltsamen Gebietsveränderungen könnten sich in der Folge zusätzlich weitere hohe Hürden, Menschenrechtsverletzungen vor Gerichte zu bringen, ergeben.² Seit Jahren sind zudem Vorwürfe von EMRK-Verletzungen im Umgang mit Geflüchteten, insbesondere bezüglich illegaler Push-backs, Misshandlungen und unmenschlicher Aufenthaltsbedingungen, Gegenstand von gerichtlichen Verfahren.³

Der Fokus der vorliegenden Abhandlung soll aber nicht auf aktuellen und zukünftigen Problemen, sondern auf der Vergangenheit liegen. Mit der Einladung zu diesem Referat verbunden ist nichts weniger als eine Analyse, wie die EMRK das schweizerische Zivilrecht beeinflusst hat. Dies ruft nach Begrenzung, und diese erfolgt in mehrfacher Hinsicht. Einerseits erfolgt die Untersuchung durch einen Zivilrechtswissenschaftler, der sich vornehmlich mit der Materie des Schweizerischen Zivilgesetzbuches auseinandersetzt. Zur Vermeidung eines (an sich ohnehin bereits vorliegenden) Übernahmeverschuldens⁴ wird der Bereich des Schuld- bzw. Obligationenrechts gänzlich ausgeklammert. Auch auf die privatrechtlichen Aspekte des Ausländerrechts, der internationa-

1 SR 0.101.

2 RIETIKER, S. 236 f.

3 ACHERMANN/HEMMI, weshalb der Europarat im Jahr 2015 auf den Schutz der Rechte von Geflüchteten einen Hauptfokus legte; Verurteilung Italiens wegen einer Verletzung von Art. 3 EMRK im Urteil des EGMR vom 23. Februar 2014 (Nr. 27765/09) *Hirsi Jamaa und andere gegen Italien*; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Dezember 2019 BVGer E-4211/2019 E. 3.3 und 3.4 bezüglich Vorwürfen zu Push-Backs in Kroatien und möglichen EMRK-Verletzungen.

4 Selbst für langjährige Mitarbeiter:innen des EGMR scheint es nicht einfach zu sein, den Überblick über die verschiedenen Urteile und die Rechtsprechungsentwicklung des EGMR zu bewahren, RIETIKER, S. 242.

len Kindesentführung und der Sterbehilfe kann nicht näher eingegangen werden. Der Fokus liegt zur Hauptsache auf den klassischen Materien des Zivilgesetzbuches, insbesondere des Personen-, Familien-, Erb- und Sachenrechts, wobei ausgewählte materiell verwandte Gebiete, mögen sie auch in Spezialgesetzen und nicht im ZGB geregelt sein,⁵ zwar miteinbezogen werden, letztlich die Betrachtung aber punktuell ist. Aus Ressourcengründen muss ferner der Bereich des Zivilprozessrechts ausgeklammert bleiben, wobei vereinzelt auch mit dem materiellen Zivilrecht konnexe Verfahrensaspekte beleuchtet werden. Andererseits befassen sich die nachfolgenden Überlegungen und Befunde hauptsächlich mit der Frage, wie die EMRK das geltende Gesetzesrecht beeinflusst hat, weniger also mit einer Betrachtung, wie die bundesgerichtliche (und kantonale⁶) Rechtsprechung von der Rechtsprechung des EGMR beeinflusst ist. Gefragt wird demzufolge danach, wieviel EMRK (bzw. EGMR-Rechtsprechung) steckt eigentlich im Schweizerischen Zivilgesetzbuch⁷. Dabei wird auch näher betrachtet werden müssen, ob und wie gradlinig oder auf gewundenen Wegen die EMRK ihren Weg in das ZGB findet. Der Fokus liegt damit auf dem eigentlichen Transformations- bzw. Implementierungsprozess, was bedingt, dass die Historie von Revisionen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches detailliert betrachtet wird. Der Rückblick soll zu einem Verständnis führen, wie sich Auswirkungen der EMRK auf das Zivilrecht zeigen, eine Grundlage zur Bewertung dieses Prozesses schaffen und schliesslich einen Ausblick ermöglichen, wie in Zukunft allenfalls die Impulsgebung und Orientierung durch die EGMR-Rechtsprechung dergestalt genutzt werden kann, damit der Gesetzgeber auch mit diesem Instrument in die Lage gebracht wird, bei Revisionen jeweils ein ZGB der Zukunft zu gestalten. Zum Abschluss dieser einleitenden Bemerkungen sei eingeräumt, dass mit den nachfolgenden Betrachtungen nicht verbunden werden kann, die kaum mehr überblickbare Literatur zur Schweiz und der EMRK erschöpfend zu verarbeiten. Meine Überlegungen gleichen eher einem essayistischen Versuch, das Thema anzugehen und für weitere, berufenere Kenner:innen der Materie zur Inspiration, Reflexion oder Kritik zu dienen.

Der erste Teil des Beitrags (B. Die Schweiz und die EMRK) wird die Geschichte des Beitritts der Schweiz zur EMRK Revue passieren lassen, das Kontrollsystem der EMRK und die Umsetzung in der Schweiz thematisieren und

5 Vgl. BREITSCHMID, *RabelsZ* 2008, S. 686, 690; ausführlich zu den Tendenzen der Dekodifikation GENNER SUSANNE, *Dekodifikation, Zur Auflösung der kodifikatorischen Einheit im schweizerischen Zivilrecht*, Basel 2006.

6 Selbstverständlich sind sämtliche rechtsanwendenden Behörden gehalten, die EMRK anzuwenden und haben damit auch die Möglichkeit, dagegen verstossendes schweizerisches Recht nicht anzuwenden, SEILER, *ZBJV* 2014, S. 265, 308.

7 Angelehnt an den Titel einer Abschiedsvorlesung an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, vgl. BRÜCKNER CHRISTIAN, *Das Schweizerische im Schweizer Recht*, *BJM* 2007, S. 153 ff.

einen Blick auf die sog. dynamische Auslegung der EMRK und die daran geäußerte Kritik werfen. Der zweite Teil (C. Variationen der Einflussnahme der EMRK) wird sich kurz in allgemeiner Weise damit auseinandersetzen, welche Erscheinungsformen Auswirkungen durch die EMRK haben können. Im eigentlichen Hauptteil (D.) wird der Einfluss der EMRK auf ausgewählte Gebiete des ZGB untersucht und im letzten Teil (E.) sollen die Erkenntnisse des vorangegangenen Teils in Form von Thesen zusammengefasst werden.

B. Die Schweiz und die EMRK

I. Der Beitritt der Schweiz zur EMRK⁸

Obwohl die Europäische Menschenrechtskonvention bereits 1950 abgeschlossen, für Deutschland im Jahr 1953⁹ und für Österreich im Jahr 1958 in Kraft trat,¹⁰ wurde sie von der Schweiz erst 1974 ratifiziert. THURNHERR bezeichnete den Umgang der Schweiz mit der EMRK im Vergleich zu Österreich als «sehr zurückhaltend und widerwillig», begründete das Vorgehen jedoch mit den verschiedenen Vorbereitungsschritten, welche die Schweiz vor der Ratifizierung machte, um die Vereinbarkeit der nationalen Rechtsordnung und der Konvention sicherzustellen,¹¹ und den Bedenken zur Vereinbarkeit der Konvention mit der Schweizer Neutralität.¹² Bereits 1962 fragte Nationalrat FURGLER während der parlamentarischen Debatte zum Europarat nach einem Beitritt der Schweiz zur EMRK.¹³ Dabei merkte er an, dass die Verwirklichung der Grundrechte eines der Hauptziele des Europarates¹⁴ und die Beachtung der Menschenrechte eine «*conditio sine qua non jedes europäischen Zusammenschlusses*» sei.¹⁵ Allerdings waren die Widersprüche zwischen der damaligen schweizerischen Rechtsordnung und der EMRK unübersehbar. Der Schweiz fehlte es am Frauenstimm- und Wahlrecht, die Bundesverfassung enthielt noch konfessionelle Ausnahmestimmungen (Art. 51 und Art. 52 aBV, sog. *Jesuitenartikel* und Klosterneugründungsverbot) und die Bestimmungen zu den fürsorgerischen Zwangsmaßnahmen verstießen gegen Art. 5 EMRK.¹⁶ In einem Bericht vom 31. Dezember 1968 ging der Bundesrat auf die EMRK und einen möglichen Beitritt der Schweiz ein und befürwortete den Beitritt unter gewissen Vorbehalten.¹⁷ Dabei

8 Vgl. dazu ausführlich KLEY/SIGRIST, S. 17 ff.

9 DE, BGBl. 1954 II S. 14.

10 Ö, BGBl. Nr. 210/1958.

11 THURNHERR, S. 323.

12 THURNHERR, S. 316.

13 AB 1962 N 684.

14 AB 1962 N 689.

15 AB 1962 N 690.

16 KLEY/SIGRIST, S. 35.

17 BBl 1968 II 1057.

erwog er, dass es sich bei der Konvention um einen völkerrechtlichen Vertrag handle, der nicht wie ein Einheitsgesetz «*darauf abzielt, die in den Einzelstaaten getroffenen Regelungen auf dem Gebiet der Menschenrechte zu ersetzen*», sondern als zwischenstaatliches Abkommen einen «Minimalstandard» festlegen sollte.¹⁸ Von den Räten wurde der Beitritt damals noch abgelehnt, weshalb der Bundesrat 1972 mit einem Ergänzungsbericht¹⁹ einen weiteren Versuch wagte und darin festhielt, die damalige Absicht, die EMRK und alle fünf Protokolle zu unterzeichnen sei «zu ehrgeizig» gewesen, weshalb der neue Vorschlag nur die Konvention und die Protokolle Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 5 umfasste.²⁰ Dabei betonte der Bundesrat auch, dass die Konvention bereits damals direkt und indirekt die schweizerische Gesetzgebung beeinflusste.²¹ Auch das Bundesgericht hatte die Konvention bereits vor dem Beitritt der Schweiz in seine Rechtsprechung einbezogen, weil sich Beschwerdeschriften ab 1969 auf die EMRK bezogen²² und aus ihr «*allgemeine rechtsstaatliche Gedanken*» abzuleiten versuchten.²³ Die EMRK diene damit vor dem Beitritt der Schweiz als eine Art «soft law».²⁴ Schliesslich wurde die Europäische Menschenrechtskonvention am 21. Dezember 1972 unter Vorbehalt der Ratifizierung unterzeichnet²⁵ und trat für die Schweiz am 28. November 1974 in Kraft.²⁶ Weil die schweizerische Rechtsordnung dem Konventionsstandard nicht genügte,²⁷ ratifizierte die Schweiz die EMRK mit einem Vorbehalt zu Art. 5 EMRK (fürsorgerische Zwangsmassnahmen), einem Vorbehalt zu Art. 6 EMRK (Öffentlichkeit des Verfahrens) und zwei auslegenden Erklärungen zu Art. 6 EMRK (Zugang zum Gericht, Untergeltlichkeit von Übersetzer:innen und amtlichen Verteidiger:innen).²⁸ Weitere Vorbehalte wurden insbesondere dadurch verhindert, dass die Konvention erst nach der Einführung des Frauenstimm- und Wahlrechts auf Bundesebene (1971) und der Abschaffung der konfessionellen Ausnahmebestimmungen (1973) ratifiziert wurde.²⁹ In einer ersten Phase nach dem Beitritt der Schweiz, wurde die Konvention nur mit Zurückhaltung zur Kenntnis genommen, insbesondere auch, weil es kaum Schweizer Fälle in Strassburg gab.³⁰ Ab Ende der 1980er Jahre begann das Bundesgericht jedoch die Konvention systematisch an-

18 BBl 1968 II 1057, 1068.

19 BBl 1972 I 989.

20 BBl 1972 I 989, 999.

21 BBl 1972 I 989, 997 f.

22 KLEY/SIGRIST, S. 41; BGE 97 I 45 E. 4.

23 BGE 95 IV 45 E. 1; auch in BGE 97 I 45 E. 4 und BGE 98 Ia 226 E. 7 fand die EMRK Erwähnung, wobei das Bundesgericht betonte, die Schweiz sei der Konvention bisher nicht beigetreten, weshalb sie nicht daran gebunden sei.

24 HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, S. 35.

25 BBl 1974 I 1035, 1035.

26 AS 1974 2151.

27 HERTIG RANDALL, S. 121 f.

28 KLEY/SIGRIST, S. 46 f.

29 BBl 1974 I 1035, 1037; BBl 1972 I 989, 1000.

30 AEMISEGGER, S. 202.

zuwenden.³¹ Grund für dieses Umdenken waren nicht zuletzt die ersten Verurteilungen der Schweiz durch den EGMR und das wachsende Interesse in der Lehre.³² Trotz dieser doch recht langen Anlaufphase der Schweiz im Umgang mit der EMRK bilanzierte der Bundesrat in seinem Bericht zum 40-jährigen EMRK-Beitritt der Schweiz, die Konvention sei «*Massstab für die gesetzgebenden [...] Behörden*»,³³ gewisse Urteile hätten Anpassungen der Gesetzgebung notwendig gemacht und resümiert, die Schweiz habe historisch schon immer eine Pionierrolle bei der Entwicklung der Menschenrechte gespielt.³⁴ Nicht gänzlich ohne Widerspruch beiläufig der Bundesrat gleichenorts aber festzustellen, selbstverständlich sei die Änderung des innerstaatlichen Rechts nicht erfolgt, «*weil «Strassburg» das so verlangt, sondern in der Überzeugung, eine in der Sache vernünftige Lösung getroffen zu haben*».³⁵

II. Das Kontrollsystem der EMRK und die Umsetzung in der Schweiz

Urteile des EGMR haben keine kassatorische Wirkung, der Gerichtshof stellt einzig eine Verletzung der EMRK fest und spricht dem Opfer gemäss Art. 41 EMRK eine gerechte Entschädigung zu.³⁶ Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, Verurteilungen durch den EGMR (Art. 46 Ziff. 1 EMRK) und gütliche Einigungen (Art. 39 Ziff. 4 EMRK) zu befolgen. Die Umsetzung der nötigen Massnahmen wird vom Ministerkomitee des Europarats beaufsichtigt (Art. 46 Ziff. 2 EMRK).³⁷ Überwacht wird einerseits die Auszahlung der finanziellen Entschädigungen und Wiedergutmachungen, im Rahmen der Monitoring-Verfahren können andererseits auch der Aktionsplan («*action plan*») eines verurteilten Staates zur Umsetzung des Urteils und dessen tatsächliche Ausführung überprüft werden.³⁸ Die EMRK wird erst durch die Kontrolle der Umsetzung von Verurteilungen tatsächlich bindend für Mitgliedstaaten, weshalb das Kontrollsystem einen wichtigen Bestandteil der Konvention bildet.³⁹ Dabei beschränkt sich die Kontrolle nicht auf die Auszahlung der finanziellen Entschädigung, sondern umfasst weiter die Massnahmen zur Verhinderung

31 HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, S. 41, m.w.H. in Fn. 36 auf entsprechende Bundesgerichtsentscheide.

32 HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, S. 39.

33 Bericht des Bundesrates 40 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven vom 19. November 2014 in Erfüllung des Postulats Stöckli 13.4187 (fortan Bericht 40 Jahre EMRK), BBl 2015 357, 408.

34 Bericht 40 Jahre EMRK, BBl 2015 357, 420.

35 Bericht 40 Jahre EMRK, BBl 2015 357, 408, wobei die betreffende Formulierung ganz offensichtlich gegen die kritischen Stimmen gerichtet war; Formulierung (ohne Quellenhinweis) aufgenommen bei SCHÜRMAN, 40 Jahre EMRK, S. 184.

36 BREITENMOSER/WEYENETH, N 1699; MALINVERNI, LeGes 2016, S. 375, 375.

37 <<https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process>>; SCHEIDEGGER, S. 295.

38 <<https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process>>; SCHEIDEGGER, S. 296.

39 SCHEIDEGGER, S. 305.

einer neuen Verurteilung – insbesondere durch Praxis- und Gesetzesänderung.⁴⁰

Auf der individuell-konkreten Ebene stellt das schweizerische Recht seit 1991 mit dem expliziten Revisionsgrund von Art. 122 BGG⁴¹ ein Instrument zur Verfügung, um die innerstaatliche Umsetzung der EGMR-Urteile zu garantieren.⁴² Das Bundesamt für Justiz, welches die Schweiz vor dem EGMR vertritt, ist nach einem Urteil auch für die Koordination zuständig. So informiert das Bundesamt für Justiz in der Regel das Bundesgericht und die betroffenen Kantone.⁴³ Eine wichtige Vermittlungsfunktion nehmen ferner die EMRK-interessierte Rechtswissenschaft und bspw. juristische Zeitschriften ein, welche ebenfalls auf Entscheide hinweisen bzw. diese kontextualisieren und einordnen und deren Bedeutung analysieren.⁴⁴ Die Umsetzung von EGMR-Urteilen hat in der Schweiz bisher keine grösseren Probleme bereitet.⁴⁵ Nicht selten werden statt einer Gesetzesrevision meist Praxis- bzw. Rechtsprechungsänderungen angestrebt, weil diese schneller umgesetzt werden können und politisch weniger Risiken bergen.⁴⁶ Gemeinhin gilt die Überzeugung, sowohl das Bundesamt für Justiz, die Gerichte und – soweit notwendig – auch der Gesetzgeber hätten EGMR-Urteile schnell umgesetzt und damit eine wiederholte Verurteilung verhindert.⁴⁷

Auf der gesetzgeberischen Ebene gibt es zwar keinen Automatismus, der nach EGMR-Urteilen eine allfällig notwendige Gesetzesrevision prüft. Allerdings sieht der Bundesrat in der Beobachtung der EGMR-Urteile auch ein Element der sog. präventiven Rechtskontrolle⁴⁸, der systematischen Überprüfung der Vereinbarkeit von Erlassentwürfen mit übergeordnetem Recht.⁴⁹ Im Detail obliegt dies den einzelnen, für die betreffende Thematik zuständigen Dienststellen, wobei ihnen ein grosser Gestaltungsspielraum in der Organisation des Vorgehens zukommt.⁵⁰ Das Bundesamt für Justiz nimmt dabei eine zentrale Rolle ein⁵¹ und deren Fachbereich

40 SCHEIDEGGER, S. 305.

41 SR 173.110; vormalig Art. 143 aOG; zur Praxis des Bundesgerichts bei diesem Revisionsgrund ausführlich BIEDERMANN, S. 31 ff.; zur Änderung von Art. 122 BGG, damit auch gültliche Einigungen vor dem EGMR zur Revision des Urteils des Bundesgerichts führen können, siehe BBl 2021 2319.

42 BSK BGG-ESCHER, Art. 122 N 1.

43 SCHEIDEGGER, S. 298; THURNHERR, S. 381.

44 THURNHERR, S. 381 ff.

45 MALINVERNI, LeGes 2016, S. 375, 390; vgl. zu den Schwierigkeiten bei der Umsetzung bzw. Interpretation des EGMR vom 11. März 2014 (Nr. 52067/10) *Moor Howald u.a. gegen die Schweiz* in BGE 146 III 25 E. 8.

46 BESSON, S. 159.

47 MALINVERNI, LeGes 2016, S. 375, 390; Ausnahme bildet das Namensrecht, in welchem die Schweiz aufgrund der Verzögerungen der Gesetzesrevision ein zweites Mal verurteilt wurde, COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 103, Vgl. auch unten Ziff. D III. 2.

48 Bericht des Bundesrates vom 5. Mai 2010 zur Stärkung der präventiven Rechtskontrolle (fortan Bericht präventive Rechtskontrolle), BBl 2010 2187, 2202; HERTIG RANDALL, S. 118.

49 BIAGGINI, ZBl 2022, S. 59, 87 f.; BIAGGINI, LeGes 2010, S. 309, 310.

50 Bericht präventive Rechtskontrolle, BBl 2010 2187, 2203.

51 BIAGGINI, LeGes 2010, S. 309, 312.

für Rechtsetzungsbegleitung sowie (in dem hier interessierenden Zusammenhang) Fachbereich internationaler Menschenrechtsschutz nehmen die Funktion der sogenannten Rechtsetzungsbegleitung wahr.⁵² Die Schwächen dieser so ausgestalteten Kontrolle liegen in den knappen finanziellen Ressourcen⁵³ und der zuweilen sehr summarischen Prüfung.⁵⁴ Die erwähnte präventive Rechtskontrolle mündet in die in Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG⁵⁵ festgehaltene Vorgabe, Botschaften hätten die Auswirkungen auf die Grundrechte, die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht und das Verhältnis zum europäischen Recht zu erläutern. Seit 2018⁵⁶ besteht zudem die Vorgabe, Angaben über die Nutzung des Handlungsspielraums bei der Übernahme bzw. Angleichung von internationalem Recht zu machen, worunter wohl auch die Vereinbarkeit mit der EMRK zu verstehen ist.⁵⁷ Die explizite Pflicht, internationale Verpflichtungen quasi nur als Minimalstandard zu begreifen und den Spielraum (nur) bis an diese Grenze auszuloten, geht zurück auf die parlamentarische Initiative VOGT⁵⁸, um die Internationalisierung des Rechts (sic!) und den Hang zum sog. Swiss Finish zu bremsen.⁵⁹

Schon diese wenigen cursorischen Ausführungen lassen erahnen, dass der Einfluss der EMRK auf die Schweiz auf gesetzgeberischer Ebene bereits systemisch bedingt eher von beschränktem Ausmass ist. Die vorgesehenen Kontrollinstrumente sind reaktiv, retrospektiv und defensiv ausgerichtet. Wenn der Gesetzgeber internationale Tendenzen als Minimalvorgaben zu verstehen hat und jene Spielräume aufzeigen (und damit nutzen) soll, wie sich die Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen gerade noch herstellen lässt, kann er keine prospektive, aktive und gestalterische⁶⁰ Rolle einnehmen.⁶¹ Er läuft damit notgedrungen Gefahr, ein die EGMR-Urteile bestenfalls nachvollziehender Ak-

52 Bericht präventive Rechtskontrolle, BBl 2010 2187, 2207; THURNHERR, S. 368, 381; auch der Gesetzgebungsleitfaden des Bundes, 3. Auflage 2007, Rz. 467, sieht die Prüfung eines Erlassentwurfs auf seine Übereinstimmung mit dem internationalen Recht vor und betont ferner die Wichtigkeit der EMRK als zu beachtende Rechtsquelle (Rz. 451 ff.).

53 BIAGGINI, LeGes 2010, S. 309, 313, 315, geht kapazitätsmässig von einer «vorprogrammierten Überforderung» aus (S. 313).

54 Bericht präventive Rechtskontrolle, BBl 2010 2187, 2213.

55 SR 171.10; kritisch zur Frage, wie ernsthaft die Botschaften des Bundesrates die Vorgaben des ParlG einhalten, vgl. FANKHAUSER, FS Sutter-Somm, S. 796 ff.

56 AS 2018 3461, in Kraft seit 26. November 2018.

57 Vgl. Botschaftsleitfaden August 2020, S. 47, Ziff. 7.2, wonach all diese Vorgaben in Zusammenhang mit der Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen stehen.

58 Parl. Initiative Nr. 16.440 *Überregulierung stoppen! Die Internationalisierung des Rechts, die Übernahme von EU-Recht und den Hang zum Swiss Finish bremsen* vom 6. Juni 2016. Aus dem Initiativtext geht hervor, dass es nicht nur um die Übernahme, sondern auch Angleichung an internationales Recht geht. Die Angleichung an die Rechtsprechung zur EMRK wurde nicht erwähnt, im Vordergrund standen internationale Vorgaben im Bereich des Wirtschaftsrechts.

59 Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 18. August 2017 zu verschiedenen Änderungen des Parlamentsrechts, vgl. BBl 2017 6797, 6827.

60 Visionär und innovativ wären sicherlich auch Attribute, die jedem Gesetzgebungsorgan gut anstehen würden.

61 Siehe auch BELSER, S. 69, 82, welche diesen Zustand kritisiert und als Belastung für das System der EMRK bezeichnet, weil er eine «grundrechtliche Innovation von unten» verhindert.

teur zu sein, statt die EGMR-Rechtsprechung gleichsam als legislatorischen Trend-Barometer vorausschauend zu nutzen. BIAGGINI weist im Kontext der sog. präventiven Rechtskontrolle denn auch darauf hin, dass diese stark zeitgebunden und kaum in der Lage sei, späteren Wandel in der Auslegung des übergeordneten Rechts, namentlich im Bereich der Grundrechte, zu erfassen und zu verarbeiten.⁶² Gerade die dynamische Rechtsprechung des EGMR kann deshalb nur schwer im Rahmen gesetzgeberischer Überlegungen eingefangen werden.

III. Die dynamische Auslegung und die Kritik daran

Seit den 1980er-Jahren vertritt der EGMR die Auffassung, die EMRK müsse als «living instrument» verstanden werden, welche gegenwärtige Vorstellungen in modernen Demokratien widerspiegelt.⁶³ Indem die Auslegung der Konvention an sich wandelnde gesellschaftliche Umstände angelehnt wird, erhält sie eine Ausweitung auf nicht traditionell menschenrechtliche Bereiche, und zieht den Vorwurf auf sich, sie entgleite damit auch der Kontrolle demokratisch legitimierter Organe.⁶⁴ Dank der dynamischen Auslegung konnte der EGMR bspw. Fragen der Transsexualität und der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare beurteilen, die vom ursprünglichen Anwendungsbereich der EMRK – so wie sie 1950 verfasst wurde – nicht erfasst gewesen wären.⁶⁵ Es erstaunt daher nicht, dass gerade bei dem für familienrechtliche Fragestellungen⁶⁶ relevanten Art. 8 EMRK die dynamische Rechtsprechung sehr stark zum Tragen kommt.⁶⁷ Dabei stützt sich der EGMR oftmals auf das Bestehen eines europäischen Konsenses und schränkt damit den Ermessensspielraum der Vertragsstaaten ein.⁶⁸ Der Beurteilungsspielraum der Staaten ist damit immer dann am grössten, wenn sich noch kein europäischer Konsens herausgebildet hat und es um sensi-

62 BIAGGINI, LeGes 2010, S. 309, 316.

63 Vgl. bereits früh in der Schweiz darauf hinweisend THÜRER, ZBl 1988, S. 377, 381 f. m.w.H.; grundlegend die Urteile EGMR vom 25. April 1978 (Nr. 5856/72) *Tyrer gegen Vereinigtes Königreich*, § 31, und EGMR vom 18. Dezember 1986 (Nr. 9697/82) *Johnston gegen Irland*, § 53; seither ständige Praxis, statt vieler EGMR vom 7. Juli 2011 (Nr. 23459/03) *Bayatyan gegen Armenien*, § 102; vgl. auch IntKomm EMRK-FASTENRATH, Art. 1 N 23 ff., mit uneingeschränkter Zustimmung in N 27.

64 Siehe dazu in jüngerer Zeit ausführlich MÖCKLI, ZBl 2018, S. 74, 78 f. sowie seine zahlreichen Literaturhinweise zur dynamischen Auslegung in Fn. 2 a.a.O.; vgl. auch THÜRER, ZBl 1988, S. 377, 385, wonach sich die dynamische Auslegung der EMRK eher einer Verfassungsrechtsprechung, denn einer Auslegung völkerrechtlicher Verträge annähere.

65 RIETIKER, S. 248.

66 Vgl. DETHLOFF, ZEuP 2007, S. 992, 1002 f. m.w.H., wonach die EGMR-Rechtsprechung von zentraler Bedeutung sei und diese die Konturen eines europäischen Familien- und Erbrechts mitgestalte; ebenso RIXE, FPR 2008, S. 222, 229 f.

67 Vgl. LEVINET, S. 57; PAPAUX VAN DELDEN, S. 187; COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 75.

68 WITTINGER, FamPra.ch 2009 S. 84, 96.

ble Fragen der Moral und Ethik geht.⁶⁹ Es liegt auf der Hand, dass sich dies vor allem für jene Vertragsstaaten auswirken kann, bei welchen gesellschaftliche Entwicklungen durch den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung nicht genügend nachvollzogen werden und die einer bereits ausgeprägten gesamteuropäischen Tendenz nachhinken. Die Verhinderung eines «Swiss Finish» oder die Begrenzung der Gesetzesanpassungen auf das durch die EGMR-Rechtsprechung Notwendigste kann sich dementsprechend als kurzfristig erweisen.⁷⁰ Anders gewendet würde die dynamische Rechtsprechung des EGMR für den nationalen Gesetzgeber Anreize schaffen, die Entwicklung der europäischen Rechtsetzung mitzuprägen und weiterzuentwickeln.⁷¹

Die dynamische Auslegung stellt eine der am häufigsten geäusserten Kritik gegenüber dem EGMR dar,⁷² wobei diese auch in der Schweiz zu hören ist⁷³ und in der rechtswissenschaftlichen Lehre auffallend häufig von Bundesrichtern angebracht wird.⁷⁴ Die Entwicklung hin zu kleiner werdenden Ermessensspielräumen veranlasste die Vertragsstaaten im Jahr 2012 mit dem Zusatzprotokoll Nr. 15 zu einer Änderung der Präambel der EMRK.⁷⁵ Die Anpassung der Präambel, die am 1. August 2021 zwischen einigen Mitgliedsstaaten – darunter die Schweiz – in Kraft trat,⁷⁶ verankert das Prinzip der Subsidiarität und des Ermessensspielraums der Vertragsstaaten explizit in der Präambel.⁷⁷ Dabei kommt der Präambel als feierliche Erklärung bezüglich der grundlegenden

69 EGMR vom 10. April 2007 (Nr. 6339/05) *Evans gegen Vereinigtes Königreich*, § 77 («Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider.»); WITTINGER, FamPra.ch 2009 S. 84, 96; MEIER, FamPra.ch 2012, S. 255, 263; kritisch und erhellend zur Protektion tradierter moralischer Vorstellungen, WILLEMS, S. 306 ff.

70 Politisch betrachtet führt eine solche Gesetzgebung genau zum Gegenteil dessen, was von den Urhebern dieses Systems beabsichtigt wurde, dass nämlich die Gesetzgebungsrevision stets von aussen aufgedrängt wirken, weil eine weitsichtige Legiferierung, welche das Risiko eines Verlustes gegen die EMRK reduzieren würde, verhindert wird.

71 HERTIG RANDALL, S. 119, dort allerdings auf die Rechtsprechung gemünzt.

72 RIETIKER, S. 247; generell zur (politischen) Kritik aus der Schweiz GREWE, S. 10; zur (bestehenden) Akzeptanz der EMRK als living instrument in Liechtenstein, vgl. SCHIASS RÜTIMANN, LJZ 2018, S. 143, 150.

73 Sich mit überzeugenden Argumenten dieser Kritik entgegenstellend DUMERMUTH, SJZ 2014, S. 597, 598 ff.; vgl. auch PAPAUX VAN DELDEN, S. 4, wonach das Ziel der EMRK gemäss ihrer Präambel die Wahrung und Entwicklung von Menschenrechten sei, was indiziere, dass die Rechtsprechung dynamisch sein müsse. Vgl. auch jüngst die Motion NYDEGGER Nr. 21.3397 vom 19. März 2021 «Die Schweiz nicht länger Verurteilungen aufgrund einer exorbitanten Auslegung von Artikel 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) aussetzen».

74 Vgl. MEYER, BJM 2016, S. 269, 278 f.; SEILER, ZBJV 2014, S. 265, 310; AEMISEGGER, S. 209, der die Kritik als teilweise nachvollziehbar und berechtigt erachtet, dann sich allerdings v.a. auf die Einzelfallbeurteilungen bezieht, welche die «EGMR-Rechtsprechung prägen und ihr ihren dynamischen Gehalt vermitteln» würden; vgl. auch Bundesrichter SCHUBARTH, Die Europäische Menschenrechtskonvention hat sich verrannt, NZZ vom 2. November 2017.

75 IntKomm EMRK-HILPOLD, Präambel N 18 f.

76 AS 2021 461.

77 RIETIKER, S. 247.

Ziele und Motive für eine Konvention nur eine geringe rechtliche Bedeutung zu.⁷⁸ Politisch ist es aber ein Hinweis der unterzeichnenden Vertragsstaaten an den EGMR, bezüglich dynamischer Auslegung der EMRK Zurückhaltung walten zu lassen.⁷⁹ Damit bleibt es auch in Zukunft Aufgabe des EGMR, ein ständiges Gleichgewicht zwischen Subsidiarität und supranationaler Kontrolle zu wahren.⁸⁰

Anzumerken bleibt von einem EMRK-unbefangenen Juristen wie dem Autor, dass durchaus auch das Schweizerische ZGB mit seinen zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen (man denke nur an den Begriff der Persönlichkeit in Art. 28 ZGB) und seiner eher statischen Struktur mit wenigen Revisionen ohne rechtsfortbildende (bzw. dynamische) Rechtsprechung nie hätte einigermassen à-jour gehalten werden können.⁸¹

C. Variationen der Auswirkungen der EMRK

I. Einleitende Bemerkungen

Nachfolgend soll angelehnt an die von HERTIG RANDALL dargelegte Typologie⁸² übersichtsartig aufgezeigt werden, welche Wirkungsformen EGMR-Urteile in den entsprechenden Vertragsstaaten entfalten können. Dabei kann es nicht darum gehen, anschliessend die analysierten Einflussnahmen der jeweiligen Rechtsgebiete passgenau in diese Typisierungen einzuordnen. Vielmehr soll damit das Verständnis geschaffen werden, in welchen vielfältigen Variationen sich (die) Auswirkungen manifestieren können. Ganz bewusst wird hier von Variationen gesprochen, weil die Grenzen der einzelnen Erscheinungsformen der Auswirkungen wohl fließend sind. Wahlweise wird hier ohne dahinterstehende Absichten von „Auswirkungen“ oder auch „Einflüssen bzw. Einflussnahme“ gesprochen, im Wissen darum, dass die Begriffe zwar das Gleiche beschreiben, aber doch unterschiedlich konnotiert sind.⁸³

78 IntKomm EMRK-HILPOLD, Präambel N 3.

79 IntKomm EMRK-HILPOLD, Präambel N 19, der auch darauf hinweist, dass die Einfügung in die Präambel einen Kompromiss darstellte.

80 GREWE, S. 7.

81 Vgl. auch DUMERMUTH, SJZ 2014, S. 597, 598, wonach es schweizerischer Rechtstradition nicht fremd sei, Grundrechte (zu ergänzen wäre, auch Gesetzesrecht) rechtsfortbildend zu konkretisieren; aufschlussreich in diesem Zusammenhang auch THÜRER, ZBl 1988, S. 377, 382, die dynamische Auslegung bzw. die Praxis des living instrument als teleologisch-zentrierte Auslegung offener Begriffe umschreibt, was durchaus auch für die Auslegung verschiedenster Begriffe im ZGB gelten dürfte.

82 HERTIG RANDALL, S. 117 ff.

83 Der Begriff der Auswirkungen wirkt neutral, der Terminus Einflussnahme suggeriert (verpönte?) Fremdbestimmung, würde aber doch auch abbilden, dass die EMRK höherrangiges Recht darstellt und die EGMR-Entscheide umzusetzen sind. Die Sorge um die Konnotation erscheint wohl auch einem (in gewissen politischen Kreisen ausgeprägten) schweizerischen, viel-

II. Zu den einzelnen Erscheinungsformen der Auswirkungen

1. Auswirkungen auf den Gesetzgeber

Der Gesetzgeber kann reaktiv oder präventiv auf die EGMR-Rechtsprechung reagieren. Reaktiv handelt er, wenn er angestossen durch einzelne Verurteilungen durch den EGMR Gesetzänderungen vornimmt, um die festgestellte Konventionswidrigkeit zu beseitigen. Ein dergestalt reaktives Handeln erfolgt typischerweise bei EGMR-Urteilen, welche den jeweiligen Vertragsstaat betreffen. Ein Handeln des Gesetzgebers, weil ein anderer Vertragsstaat verurteilt wurde, dessen Rechtsordnung im betreffenden Bereich gleich oder ähnlich ausgestaltet ist, wird nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls als reaktiv bezeichnet.⁸⁴ Allerdings wird damit einer eigenen Verurteilung zuvorgekommen, weshalb das Handeln auch einen präventiven Charakter aufweist (erga omnes-Wirkung der EGMR-Urteile⁸⁵). Schon präventiv agiere der Gesetzgeber nach tradierter Auffassung, wenn er bestrebt ist, sein Landesrecht so auszugestalten, dass es nicht mit bestehenden EGMR-Urteilen in Konflikt kommt.⁸⁶ Die Übergänge zwischen diesen beiden Handlungstypologien sind wohl fließend. M.E. verdeutlicht sich die präventive Auswirkung aber insbesondere dann, wenn zwar die Konventionswidrigkeit durch die EGMR-Rechtsprechung nicht manifest ist, aber eine solche bestehen könnte und der Gesetzgeber vorausschauend sein Recht bereits so ausgestaltet, dass eine spätere Verurteilung sehr unwahrscheinlich ist. So verstanden würde die genaue Analyse der EGMR-Rechtsprechung einem eigentlichen Frühwarnsystem gleichen. Und schliesslich würde der Gesetzgeber auch präventiv agieren, wenn er eine sich mehr oder weniger abzeichnende Rechtsprechungsentwicklung vorwegnimmt, weil zwar ein allgemeiner europäischer Konsens in einer bestimmten Frage noch nicht besteht, aber sich ein solcher in naher Zukunft ergeben könnte.⁸⁷ Diesfalls würde der Gesetzgeber die EGMR-Rechtsprechung gleichsam einem legislatorischen Trend-Barometer

leicht sogar menschlichen Reflex zu entspringen, als ja nicht beeinflusst oder sogar fremdbestimmt zu gelten. Naheliegende Lösung wäre, was rechtlich ja zutreffend ist, die EMRK als Bestandteil der eigenen Rechtsordnung und den Gerichtshof als «eigenes» Gericht zu verstehen, womit eine eigentliche Fremd-Bestimmung nicht vorliegt. So verstanden könnte Einflussnahme im besten Fall als verkürzten Begriff für einen komplexen, diskursiven Dialog stehen; zum dialogischen Charakter des europäischen Grundrechtsschutzes, HERTIG RANDALL, S. 120 m.w.H. in Fn. 10.

84 Bei HERTIG RANDALL, S. 118, scheint der Begriff des reaktiven Handelns nur Reaktionen auf eigene Verurteilungen zu umfassen; ebenso BESSON, S. 138.

85 Zur Rechtsgrundlage dieser Wirkung, BESSON, S. 140.

86 HERTIG RANDALL, S. 118; vgl. auch BVerfGE 111, 307, Rz. 39 «Die Entscheidungen des Gerichtshofs in Verfahren gegen andere Vertragsparteien geben den nicht beteiligten Staaten lediglich Anlass, ihre nationale Rechtsordnung zu überprüfen und sich bei einer möglicherweise erforderlichen Änderung an der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu orientieren».

87 Dies ist umso notwendiger, als in der Schweiz die Tendenz bzw. Vorgabe gilt, nicht weiter zu gehen, als es die EGMR-Rechtsprechung gerade noch fordert, siehe oben B. II.

nutzen,⁸⁸ um sein eigenes Recht für die anstehenden Entwicklungen «fit» zu machen. Zugewiesen werden der EGMR-Rechtsprechung damit Orientierungs-⁸⁹ bzw. normative Leitfunktion,⁹⁰ Anstossfunktion oder der stimulierende Charakter⁹¹ oder auch die Aufgabe eines Motors⁹² der nationalen Gesetzgebung.

2. *Auswirkungen auf die Rechtsprechung*

Vorliegend nicht weiter untersucht wird, inwiefern die Rechtsprechung des EGMR in die Rechtsprechung des Bundesgerichts, der kantonalen Gerichte oder auch die Verwaltungspraxis einfließt. Auch dies kann einerseits dadurch erfolgen, dass ein konkretes Urteil gegenüber der Schweiz umgesetzt wird und dementsprechend eine bestimmte Norm anders oder beispielsweise gar nicht mehr angewendet wird. Andererseits ist auch denkbar, dass gestützt auf die nicht die Schweiz betreffende EGMR-Rechtsprechung im konkreten Anwendungsfall eine andere Auslegung erfolgt.⁹³ Die Geltendmachung der EMRK-Verletzung im nationalen Instanzenzug ist grundsätzlich notwendig (Art. 35 EMRK, Art. 47 Abs. 1 lit. f und g Verfahrensordnung EMRK⁹⁴), weshalb beschwerdeführende Personen und berufsmässige Vertreter:innen angehalten sind, mit bereits ergangenen EGMR-Entscheiden die Konventionswidrigkeit des zu behandelnden Falles zu begründen, was die Auseinandersetzung und Rezeption der EGMR-Rechtsprechung an den Gerichten weiter fördert. Einzugestehen ist, dass einerseits die EMRK-Sensitivität bei einzelnen spezialisierten Rechtsanwält:innen zwar sehr hoch sein kann, allgemein gesehen sich aber eher auf einem noch optimierbaren Niveau bewegen dürfte.⁹⁵ Andererseits dürften auch prozessökonomische Zwänge viele abhalten, Verfahren (die meist auch noch in Bereichen angesiedelt sind, wo häufig mit der unentgeltlichen Rechtspflege prozessiert wird) mit zusätzlichen EMRK-Argumenten zu überfrachten oder bis zur letzten Instanz durchzuprozessieren.

3. *Rezeption in der Lehre*

Die Lehre, hier verstanden als Wissenschaft, hat einen ganz massgeblichen Einfluss auf die Umsetzung der EMRK in den jeweiligen Vertragsstaaten.⁹⁶ Sie hat

88 Siehe dazu oben Ziff. B. II.

89 SCHUMANN, S. 168, mit Verweis auf den bereits angeführten BVerfGE 111, 307.

90 SCHUMANN, S. 167.

91 Vgl. PINTENS, ZEuP 2001, S. 628, 635.

92 In Bezug auf das Familienrecht RIXE, S. 222 ff.

93 HERTIG RANDALL, S. 119.

94 SR 0.101.2.

95 Damit wird auch das wichtige Element einer auch die Rechtsprechung des EGMR beinhalten- den Juristinnen- und Juristenausbildung angesprochen, die ebenfalls ein bedeutsamer Aspekt des Umsetzungsprozesses darstellt, THURNHERR, S. 382.

96 THURNHERR, S. 384.

die Aufgabe, entsprechende Urteile wahrzunehmen, sie zu analysieren und einzuordnen, ihren Einfluss auf das nationale Recht abzuschätzen, gegebenenfalls Postulate zu formulieren und dies in erster Linie wissenschaftlich, aber je nach Bedeutung auch bei Akteuren der Zivilgesellschaft und der Politik öffentlich zu machen. Durch diesen Wissenstransfer können Anstösse durch EGMR-Urteile von Behörden⁹⁷ oder Parlamentarier:innen in den Gesetzgebungsprozess eingebracht werden, was dessen Fähigkeiten erhöht, auf europäische Entwicklungen und neue, international schon aufscheinende Herausforderungen agil und vorausschauend mittels Gesetzesrevisionen zu reagieren.

D. Der Einfluss der EMRK auf ausgewählte Gebiete des ZGB

I. Einleitende Bemerkungen und Übersicht

Nachfolgend wird der Versuch unternommen, anhand der vom ZGB verwendeten Systematik für die einzelnen Teilbereiche zu analysieren, inwiefern die EMRK bzw. die Rechtsprechung des EGMR einen Einfluss auf die Gesetzgebung hatte. Eine Gesamtsicht ist nicht zu leisten, zumal bereits auf verschiedene ausführliche Abhandlungen in diesem Bereich, namentlich dem Familienrecht, zurückgegriffen werden kann. Die Auswahl orientiert sich grösstenteils am materiellen Zivilrecht und konzentriert sich damit auf die Art. 8, Art. 11 und Art. 12 EMRK, teilweise in Verbindung mit Art. 14 EMRK. Verfahrensrecht, das nicht selten mit den Garantien von Art. 6 EMRK in Konflikt kam und kommt, muss grösstenteils zurückstehen, der Bezug beschränkt sich auf verschiedentliche Verweise. Die Auswahl mag willkürlich erscheinen, folgt aber den Marksteinen bisheriger⁹⁸ Revisionen des ZGB, denen ein möglicher Konnex mit der Rechtsprechung des EGMR bzw. den Garantien der EMRK innewohnt. Zu erhoffen ist mit den exemplarischen Einblicken das Erkennen von Mustern und Entwicklungen, wie die EMRK bzw. die Rechtsprechung des EGMR Eingang ins ZGB gefunden hat und wie diese Vorgänge zu bewerten sind.

II. Personenrecht

1. Persönlichkeitsrecht/Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung⁹⁹

Nicht selten wird im Kontext des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung die Verurteilung der Schweiz durch den EGMR im Fall *Jäggi gegen die*

97 Vgl. zu den begrenzten Ressourcen der rechtsbegleitenden Behörden, diese Aufgabe eigenständig zu übernehmen oben, Ziff. B. II.

98 Zukünftige Revisionen können nur punktuell angesprochen werden.

99 Dazu auch BÜCHLER/RYSER, FamPra.ch 2009, S. 1 ff. m.w.H.

*Schweiz*¹⁰⁰ aus dem Jahr 2006 angeführt und erwähnt, seither habe das Bundesgericht mit BGE 134 III 341 das Recht auf Kenntnis der Abstammung anerkannt¹⁰¹ bzw. die Rechtsprechung des EGMR habe zu einem eigentlichen Paradigmenwechsel in diesem Bereich geführt¹⁰² oder der Entscheid sei ein Meilenstein beim Anspruch auf Kenntnis der Abstammung.¹⁰³ Auch das Bundesgericht bezog sich (wie bereits die kantonale Vorinstanz) in seinem Leitentscheid BGE 134 III 241 aus dem Jahr 2008 prominent auf den Entscheid *Jäggi*,¹⁰⁴ wies allerdings auch darauf hin, dass seine Rechtsprechung dieses Recht für das volljährige Adoptivkind bereits bejaht habe und sich eine unterschiedliche Behandlung von Adoptivkindern und anderen Kindern nicht rechtfertige.¹⁰⁵ Gestützt auf die Vorgaben des EGMR hielt es das Bundesgericht auch für richtig, eine Interessenabwägung vorzunehmen und keinen absoluten Anspruch mehr vorzusehen,¹⁰⁶ welcher dem volljährigen Adoptivkind seit dem Jahr 2002 mit BGE 128 I 63 eingeräumt wurde.¹⁰⁷

Der EGMR leitete das Recht auf Identität und darin mitenthalten das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus dem Recht auf Privatleben i.S.v. Art. 8 EMRK ab.¹⁰⁸ Das Bundesgericht sah Art. 28 ZGB als Grundlage des mit BGE 134 III 241 bzw. dem EGMR-Urteil *Jäggi gegen die Schweiz* «geschaffenen» Anspruchs. Nicht zu verkennen ist aber, dass der eigentliche Ursprung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung wohl in der 1992 eingeführten Verfassungsbestimmung Art. 24^{novies} Abs. 2 lit. g aBV, die bei der Totalrevision der BV in Art. 119 Abs. 2 lit. g BV überführt wurde, sowie Art. 27 des am 1. Januar 2001 in Kraft getretenen Fortpflanzungsmedizingesetzes, der den verfassungsmässigen Anspruch auf Zugang zu den Daten der Abstammung zu einem Auskunftsrecht des durch Samenspende gezeugten Kindes konkretisierte,¹⁰⁹ liegt. Die über den Bereich des Fortpflanzungsmedizinrechts ausstrahlende Wirkungsmacht zeigte sich einerseits darin, dass bereits zwei Jahre später auch für das Adoptivkind mit Art. 268c aZGB ein Art. 27 FMedG nachgebildetes

100 EGMR vom 13. Juli 2006 (Nr. 58757/00) *Jäggi gegen die Schweiz*.

101 SCHEIDEGGER, S. 304.

102 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER [2012], Rz. 13.53; weitaus weniger auf den EGMR beziehend nunmehr HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 762 ff.; differenzierend AEBI-MÜLLER, Jusletter 2. Oktober 2006, Rz. 5.

103 COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 95; vgl. die weiteren Literaturhinweise in BGE 134 III 241 E. 5.2, welche sich mit dem Entscheid *Jäggi gegen die Schweiz* auseinandersetzen.

104 BGE 134 III 241 E. 5.2.1 beginnt mit «Nach dem Urteil des EGMR [...]».

105 BGE 134 III 241 E. 5.2.2.

106 Dazu ausführlich COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 94 ff.; HERTIG RANDALL, S. 103 f., spricht denn auch davon, der EGMR habe mit dem Urteil *Jäggi gegen die Schweiz* Leitplanken zum Recht auf Kenntnis der Abstammung gesetzt.

107 COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 96.

108 EGMR vom 13. Juli 2006 (Nr. 58757/00) *Jäggi gegen die Schweiz*, § 37; EGMR vom 13. Februar 2003 (Nr. 42326/98) *Odièvre gegen Frankreich*, § 29.

109 Zur Gesetzgebung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin siehe auch unten Ziff. D. III. 5.

Auskunftsrecht in Kraft trat.¹¹⁰ Andererseits bezog sich das Bundesgericht im bereits erwähnten Leitentscheid BGE 134 III 241 auf diese Kaskade und argumentierte, wenn dieses Auskunftsrecht bereits für durch Samenspende gezeugte und Adoptivkinder gelte, müsse dies grundsätzlich allen Kinder zustehen. Der Weg des Adoptivkindes zu einem Recht auf Kenntnis der Abstammung war deshalb bereits durch innerstaatliche Gesetzgebung und Rechtsprechung vorgezeichnet, die EGMR-Rechtsprechung wirkte eher bestätigend denn impulsgebend und hatte lediglich einen Einfluss auf die Ausdehnung dieses Rechts auf alle Kinder.¹¹¹

2. *Geschlechtsänderung*

a. *Ausgangslage/Entwicklung in der Schweiz*

Seit dem 1. Januar 2022¹¹² kann in der Schweiz gestützt auf Art. 30b ZGB jede Person das im Personenstandsregister eingetragene Geschlecht ändern lassen, wenn sie erklärt, innerlich fest davon überzeugt zu sein, nicht diesem Geschlecht zuzugehören. Im Vergleich zu anderen europäischen Ländern, z.B. Schweden, Deutschland oder Niederlande, kannte die Schweiz nie ein Spezialgesetz zur Beantwortung der Fragen zur Transsexualität. Dennoch wurde bereits relativ früh die neue Geschlechtsidentität einer transsexuellen Person in Bezug auf die Beantragung einer Registeränderung in diversen kantonalen Urteilen anerkannt.¹¹³ Gemäss der früheren schweizerischen Praxis konnte eine Registeränderung von Geschlecht und Vornamen (und unter Umständen auch Familiennamen) nur veranlasst werden, wenn die betroffene Person unverheiratet und sterilisiert war und sich einer Geschlechtsumwandlungsoperation unterzogen hatte. Dementsprechend verlangte das Bundesgericht 1993 in BGE 119 II 264 für die registerrechtliche Anerkennung der Geschlechtsänderung ein gerichtliches Verfahren und als Grundlage einen irreversiblen Geschlechtswechsel, denn die Änderung des Personenstands könne nicht dem persönlichen Empfinden des betroffenen Transsexuellen überlassen werden.¹¹⁴ Dieses Erfor-

110 AS 2002 3988; der Zusammenhang erschliesst sich bereits aus der Botschaft Fortpflanzungsmedizinengesetz, BBl 1996 205, 271, wonach das in der BV für die Fortpflanzungsmedizin verankerte unbedingte Auskunftsrecht sich auch auf das Adoptionsrecht auswirke und dort gleich gelten müsse, was BGE 128 I 63 noch vor Inkrafttreten von Art. 268c ZGB mit Verweis auf diese Stelle in der Botschaft anerkannte.

111 Deshalb ist es eher befremdlich, wenn die Botschaft Adoption BBl 2014, 877, 897 f. im Kontext dieses Rechts auf Kenntnis der Abstammung zahlreiche EGMR-Entscheide zitiert und darlegt.

112 AS 2021 668.

113 BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2002, S. 20, 33, mit zahlreichen Hinweisen auf die kantonale Rechtsprechung in Fn. 78; vgl. auch die Hinweise in BGE 119 II 264 E. 6b.

114 BGE 119 II 264, 270; vgl. auch Botschaft vom 6. Dezember 2019 zur Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister (fortan Botschaft Geschlechtsänderung), BBl 2020 799, 808; diese irreversible Unfruchtbarkeit stellte auch im deutschen Spezialgesetz eine erforderliche Voraussetzung dar (vgl. § 8 Abs. 1 Ziff. 3 Transsexuellengesetz [TSG]), wurde aber durch diverse Urteile des Bundesverfassungsgerichts als verfassungswidrig anerkannt, vgl. zum Gan-

dernis führte allerdings zu einem Dilemma: Betroffene mussten sich zwischen zwei Grundrechten entscheiden. Entweder entschied sich eine transsexuelle Person für das Recht auf Geschlechtsidentität unter Inkaufnahme des Verlustes der Reproduktionsfähigkeit, oder aber sie verzichtete auf eine Änderung des Geschlechts, was mit erheblichem psychischen Leidensdruck verbunden sein konnte. Mit anderen Worten standen sich die Ausübung des Rechts auf Achtung des Privatlebens und das Recht auf Achtung der körperlichen Unversehrtheit gegenüber.¹¹⁵ In den letzten zehn Jahren wandelte sich die schweizerische Rechtsprechung. Auf die Voraussetzung der Geschlechtsumwandlung für eine Änderung des Registereintrags wurde im Jahr 2011 zum ersten Mal vom Obergericht Zürich verzichtet.¹¹⁶ Darauf folgten weitere Gerichte dieser Ansicht, unter anderem durch Rezeption der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, und in jüngsten kantonalen Entscheiden wurde weder eine operative Geschlechtsanpassung noch der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit als Erfordernis zur Anerkennung betrachtet.¹¹⁷ Ein Jahr später sprach sich das Eidgenössische Amt für das Zivilstandswesen (EAZW) in einer Rechtsauskunft vom 1. Februar 2012 «*gegen die Forderung nach chirurgischen Eingriffen zur Sterilisation oder zur Konstruktion von Genitalien des gewünschten Geschlechts als Voraussetzung für eine Geschlechtsumwandlung*» aus, was erfreulicherweise von den Gerichten so übernommen wurde.¹¹⁸ Zu einer Gelegenheit, diese Praxis höchstrichterlich durch das Bundesgericht zu beurteilen, kam es nicht. Anzunehmen ist, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung den kantonalen Gerichten angepasst hätte, auch um einer Verurteilung durch den EGMR zu entgehen.¹¹⁹

Trotz der Erleichterung der Voraussetzung für die Änderung des Registergeschlechts blieb problematisch, dass die Änderung des Geschlechtseintrags nur durch ein administratives oder gerichtliches Verfahren (vgl. Art. 42 und 43 ZGB) berichtigt werden konnte.¹²⁰ Auf gesetzgeberischer Ebene¹²¹ wurde die Problematik bereits 2013 in einer Fragestunde des Parlaments aufgeworfen und vom Bundesrat Massnahmen zur Verringerung des administrativen Auf-

zen COESTER-WALTJEN, FamPra.ch 2021, 374, 381 ff., Fn. 46; BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2002, S. 20, 36.

115 BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2020, S. 875, 876; Botschaft Geschlechtsänderung, BBl 2020 799, 820.

116 OGer ZH vom 1. Februar 2011, E. 3.4, ZKE 2012, S. 55 ff.

117 Regionalgericht Bern-Mittelland, FamPra.ch 2015, 196, 198 f.; Zivilgericht BS, FamPra.ch 2015, 671, 676 ff.; BezGer ZH, FamPra.ch 2017, 289, 290 ff.; Regionalgericht Oberland Bern, FamPra.ch 2017, 286, 287 f.; Regionalgericht Oberland Bern, FamPra.ch 2018, 204, 206 f.; zusammenfassend in PATRY, S. 103 ff.; siehe auch die Urteilsbesprechung von COTTIER MICHELLE, zum Bezirksgericht Einsiedeln, Einzelrichter, Entscheid ZES 2019 016 vom 19. Juni 2019, AJP 2020, S. 942, 946; BVerfGE 128, 109.

118 PATRY, S. 104.

119 PATRY, S. 105.

120 BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2020, S. 875, 878.

121 Vgl. zur Entwicklung auch Botschaft Geschlechtsänderung, BBl 2020 799, 831 f.

wands und die Sensibilisierung der Zivilstandsbehörden gefordert, welche der Bundesrat unter Bezugnahme auf die Empfehlung der Nationalen Ethikkommission (NAK) zusicherte.¹²² Jene hatte nämlich in ihrer Stellungnahme Nr. 20/2012 empfohlen, das Registergeschlecht solle unbürokratisch aufgrund einer nachvollziehbaren Selbsteinschätzung geändert werden können.¹²³ Am 1. Februar 2014 erfolgte zur vom Bundesrat versprochenen Sensibilisierung eine Weisung des Eidgenössischen Amtes für Zivilstandswesens.¹²⁴ Das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) verlangte in seiner im Juli 2015 veröffentlichten Studie ebenfalls eine nachhaltige Lösung zur einfachen Änderung des Registergeschlechts.¹²⁵ Der Bundesrat wiederum stellte in seinem Bericht vom 25. Mai 2016 zum Postulat NAEF in Aussicht, ein einfaches Verfahren zur Änderung des Geschlechts im Zivilstandsregister auf Gesetzesstufe einzuführen.¹²⁶ Mit der Einführung von Art. 30b ZGB wurde dies umgesetzt.¹²⁷ Trotz dieser Änderung verbleibt die gesetzliche Regelung einem System der Zweigeschlechtlichkeit verhaftet, womit stets eine Zuordnung zum weiblichen oder männlichen Geschlecht zu erfolgen hat.¹²⁸ Ein drittes Geschlecht wurde noch nicht eingeführt, doch prüft der Bundesrat derzeit die allfällige Einführung einer dritten Geschlechtskategorie oder der gänzliche Verzicht auf die Eintragung des Geschlechts.¹²⁹ Dies hat die NEK jüngst in

122 Curia Vista Nr. 13.5300, Frage JOHN-CALAME vom 12. September 2013.

123 Stellungnahme NEK Nr. 20/2012 vom November 2012 zum Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung Stellungnahme, Ethische Fragen zur «Intersexualität», S. 20, Empfehlung Nr. 11.

124 Amtliche Mitteilungen EAZW Nr. 140.15 vom 1. Februar 2014; die Weisung brachte m.E. neben der Sensibilisierung wenig, denn weiterhin wurde – mit Ausnahme von «irrtümlichen» Geburtsmeldungen – auf die gerichtliche Änderung und BGE 119 II 264 verwiesen, die zum damaligen Zeitpunkt durch die kantonale Rechtsprechung bereits überholt war.

125 Synthesebericht des SKMR vom Juli 2015 «Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen», S. 20, Ziff. 3.5, unter Bezugnahme auf die Weisung des EAZW, ohne zu erkennen, dass diese eigentlich nur den status quo schilderte und ebenfalls im Regelfall eine gerichtliche Änderung verlangte.

126 Bericht des Bundesrates vom 25. Mai 2016 zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung in Erfüllung des Postulats NAEF 12.3543, S. 25; die Rechtsprechung des EGMR in diesem Bereich wird nur am Rande vermerkt.

127 Botschaft Geschlechtsänderung, BBl 2020 799, 807.

128 BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2020, S. 875, 878; in internationalen Sachverhalten kann es jedoch dazu kommen, dass ein fehlender Geschlechtereintrag anzuerkennen ist, vgl. OGER AG vom 29. März 2021, abrufbar unter <https://mcusercontent.com/d73952ab7f346daa87bfce51/files/bfc2db1d-a870-49bd-a7ec-d2af67080ed6/21_03_29_Entscheid_anonymisiert_1_.pdf> (besucht am 10. März 2022), erstmals erwähnt in Tweet @JurBSFankhauser vom 15. April 2021; nun auch GEISER, AJP 2021, S. 844, 845 Fn. 4.

129 Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 27. Oktober 2021, wonach dieser Bericht in Erfüllung der Postulate ARSLAN (Nr. 17.4121) vom 13. Dezember 2017 und RUIZ (Nr. 17.4185) vom 14. Februar 2018 erarbeitet wurde. Zur Forderung der Verabschiedung vom zweigeschlechtlichen System schon früh und grundlegend BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2002, S. 20, 45 ff.

ihrer Stellungnahme Nr. 36/2020¹³⁰ dezidiert empfohlen, weil die heutige (binäre) Regelung und Praxis der amtlichen Registrierung des Geschlechts unbefriedigend sei. Sie trage der Vielfalt von Geschlechtsidentitäten ungenügend Rechnung und lasse fundamentale Interessen von Menschen mit nichtbinärer Geschlechtsidentität sowie von transidenten und intergeschlechtlichen Menschen ausser Acht.

b. Rechtsprechung des EGMR und Auswirkungen in der Schweiz

An sich bestand bereits vor dreissig Jahren in der Schweiz die höchstrichterliche Erkenntnis, dass Fragen der Geschlechtsidentität auch den Schutzbereich von Art. 8 EMRK tangieren können, denn in BGE 119 II 264, mit welchem das Bundesgericht für eine Änderung des Registergeschlechts eine operative Geschlechtsumwandlung verlangte, wurde die Vereinbarkeit mit der EMRK thematisiert und bejaht.¹³¹

Da die neue Geschlechtsidentität einer Transperson in vielen Ländern nicht oder zumindest nicht unter denselben Voraussetzungen anerkannt war¹³², kam es in den letzten Jahrzehnten in ganz Europa zu diversen nationalen Urteilen, woraufhin die betroffenen Personen eine Verletzung der EMRK geltend gemacht haben. Das Recht auf geschlechtliche Identität fällt als Teil des Rechts auf Achtung des Privatlebens, insbesondere des Verfügungsrechts über den eigenen Körper, in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK.¹³³ Allerdings leitete der EGMR früher daraus keine Handlungspflicht im Sinne einer rechtlichen Anerkennung des Geschlechts der transsexuellen Person nach einer Geschlechtsumwandlung ab. Dementsprechend belies der EGMR den Staaten in diesem Bereich einen erheblichen Ermessensspielraum, auch weil in den Konventionsstaaten bezüglich Fragen zur Transsexualität kein ausreichend breiter Konsens bestand.¹³⁴ In den älteren Fällen wurde eine Verletzung der EMRK oftmals in einem knappen Ergebnis durch den EGMR verneint, da sich der Gerichtshof in den Grundsatzfragen uneinig war.¹³⁵ Hingegen wurde im Entscheid *B. gegen Frankreich* vom 25. März 1992¹³⁶ eine Verletzung der EMRK bejaht

130 Stellungnahme Nr. 36/2020 «Die amtliche Registrierung des Geschlechts, Ethische Erwägung zum Umgang mit dem Geschlechtseintrag im Personenstandsregister» vom 5. Oktober 2020.

131 BGE 119 II 264 E. 5.

132 Vgl. <<https://tgeu.org/wp-content/uploads/2021/12/tgeu-lgr-factsheet-en-01.pdf>> (besucht am 11.03.2022).

133 KARPENSTEIN/MAYER/PÄTZOLD, Art. 8 EMRK N 13 m.w.H. auf EGMR-Urteile.

134 Ausführlich BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2002, S. 20, 30 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die EGMR-Rechtsprechung.

135 Es handelte sich um Fälle, in welchen die fehlende Möglichkeit der Änderung von Geburtsregistern und anderen Dokumenten nach einer Geschlechtsumwandlung, die darauf basierende Verweigerung des Eheschlusses mit einer Person des nunmehr anderen Geschlechts sowie die Verweigerung der Anerkennung der Vaterschaft eines transsexuellen Mannes für sein durch künstliche Befruchtung gezeugtes Kind kritisiert wurde; BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2002, 20, 30, Fn. 56.

136 EGMR vom 25. März 1992 (Nr. 13343/87) *B. gegen Frankreich*, § 59 ff.

und die bisherige Rechtsprechung betreffend den Ermessensspielraum und die Handlungspflicht der Mitgliedstaaten relativiert. Frankreich verweigerte nach einer Geschlechtsumwandlung einen Anspruch auf Änderung des Vornamens und der Identitätspapiere. Dies qualifizierte der EGMR als Verstoss gegen Art. 8 EMRK. Daraufhin änderte Frankreich seine Praxis und ermöglichte die Änderung des Personenstandes.¹³⁷ Seit dem Urteil *Christine Goodwin gegen das Vereinigte Königreich* vom 11. Juli 2002¹³⁸ hält der EGMR regelmässig fest, dass die Verweigerung der rechtlichen Anerkennung der Geschlechtsidentität von transsexuellen Personen eine Verletzung des Rechts auf Privatleben aus Art. 8 EMRK darstellt. Seither haben sich in den europäischen Staaten die Rechtsprechung und Gesetze verändert hin zur vermehrten Selbstbestimmung transsexueller Personen.¹³⁹ Im Entscheid *Y.Y. gegen die Türkei*¹⁴⁰ musste sich der EGMR im Jahr 2015 zum ersten Mal mit der Frage eines nicht geschlechtsangleichend operierten Transsexuellen befassen. Der Gerichtshof hielt fest, dass die bisher entwickelten Konzepte der Rechtsprechung nicht auf den vorliegenden Fall angewendet werden konnten und daher neue Grundsätze für nicht operierte Transsexuelle entwickelt werden müssten.¹⁴¹ Die türkischen Behörden verweigerten eine Genehmigung einer geschlechtsangleichenden Operation, weil die betroffene Person das Kriterium der Unfruchtbarkeit (vgl. Art. 40 des türkischen Zivilgesetzbuches) nicht erfüllte. Der Gerichtshof stellte fest, dass das Erfordernis der Sterilisation für den Zugang zu einer Geschlechtsumwandlungsoperation mit den Garantien von Art. 8 EMRK nicht vereinbar sei. Im Anschluss an dieses EGMR-Urteil bezweifelte die schweizerische Lehre, dass das Anknüpfen an die Fortpflanzungsunfähigkeit bzw. Sterilisation für die registerrechtliche Anerkennung der Geschlechtsänderung noch vereinbar mit der EMRK war.¹⁴² Klärung brachte dann der EGMR-Entscheid *A. P., Garçon und Nicot gegen Frankreich* vom 6. April 2017¹⁴³, der festhielt, für eine Änderung des amtlichen Geschlechts dürfen keine Eingriffe oder Behandlungen vorausgesetzt werden, welche die dauerhafte Unfruchtbarkeit mit sich bringen.¹⁴⁴ Dieser neuste Entscheid wurde umgehend in der schweizerischen (französischsprachigen) Lehre¹⁴⁵ rezipiert und fand – mit etwas Verspätung – auch Eingang in die kantonale Rechtsprechung.¹⁴⁶ In Europa ist mittlerweile auch bezüglich der Frage der Anerkennung eines nicht-binären Geschlechts

137 Cour de Cassation, Assemblée plénière, Entscheid vom 11. 12. 1992: J.C.P. 1993, II, 21991.

138 EGMR vom 11. Juli 2002 (Nr. 28957/95) *Christine Goodwin gegen das Vereinigte Königreich*.

139 RECHER, FamPra.ch 2015, S. 623, 625 f.

140 EGMR vom 10. März 2015 (Nr. 14793/08) *Y.Y. gegen die Türkei*.

141 EGMR vom 10. März 2015 (Nr. 14793/08) *Y.Y. gegen die Türkei*, § 61 f.

142 PATRY, S. 92 ff., 96 ff.

143 EGMR vom 6. April 2017 (Nr. 79885/12) *A. P., Garçon und Nicot gegen Frankreich*.

144 EGMR vom 6. April 2017 (Nr. 79885/12) *A. P., Garçon und Nicot gegen Frankreich*, § 126 ff., 135; zulässig wäre wohl das Verlangen einer vorangehenden medizinischen Untersuchung.

145 PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2017, S. 913, 920; MONTINI, FS Geiser, S. 422.

146 OGer ZH vom 19. September 2019, ZR 2020 Nr. 3, E. 2.3, 2.5.

eine Dynamik zu erkennen.¹⁴⁷ Bisher musste sich der EGMR noch nicht dazu äussern, ob auch ein Anspruch aus Art. 8 EMRK abzuleiten ist, registerrechtlich als non-binär anerkannt zu werden, doch sprechen gute Gründe dafür.¹⁴⁸ Offenbar ist derzeit aber vor dem EGMR ein entsprechendes Verfahren hängig,¹⁴⁹ so dass es in absehbarer Zeit zu einem Entscheid kommen dürfte.

Wie bereits dargelegt, entwickelte sich parallel zu dieser europäischen Rechtsprechungsentwicklung in der Schweiz seit 2011 eine Überzeugung an den unterinstanzlichen Gerichten, in der Lehre und bei verschiedenen Akteuren der Zivilgesellschaft und der Gesetzgebung, dass es einer neuen Konzeption bzw. Regelung bedarf, wie Änderungen des Registergeschlechts einfacher, unbürokratischer und den Betroffenen gegenüber nicht diskriminierend bewerkstelligt werden können. Weder die Impulse aus dem Parlament noch die Berichte des Bundesrates oder auch die Stellungnahmen der NEK bezogen sich auf die Rechtsprechung des EGMR oder die mangelnde Vereinbarkeit mit der EMRK.¹⁵⁰ Auch die bundesrätliche Botschaft zur Einführung von Art. 30b ZGB verwies auf entsprechende Impulse durch parlamentarische Vorstösse, die Stellungnahme der NEK, die Empfehlungen des SKMR und Resolutionen des Europarates,¹⁵¹ die EGMR-Rechtsprechung wurde lediglich im Kontext des «Pflichttraktandums»¹⁵², wo das Verhältnis zum europäischen Recht zu erläutern ist, erwähnt.¹⁵³ Die jüngsten Vorstösse zur Überwindung des binären Eintragungssystem konnten sich nicht auf die EMRK-Rechtsprechung beziehen, weil diese in Ermangelung entsprechender Urteile noch nicht als Referenz dienen kann, hingegen wurde mit einem einschlägigen Entscheid des deutschen Bundesverfassungsgerichts argumentiert,¹⁵⁴ der aufgrund der zeitlichen Koinzidenz mit den Vorstössen wohl auch als Auslöser betrachtet werden muss.¹⁵⁵

147 SCHULZ, ZEuP 2021, S. 64, 66 ff. m.w.H. auf die Rechtsentwicklungen in verschiedenen europäischen Ländern.

148 SCHULZ, ZEuP 2021, S. 64, 74 ff.; anders allerdings der UK Supreme Court in seinem Urteil vom 15. Dezember 2021, FamRZ 2022, S. 366.

149 Verfahren *Y gegen Frankreich* (Nr. 76888/17); Hinweis in den Urteilsanmerkungen von SCHULZ, FamRZ 2022, S. 367.

150 Vgl. die Hinweise a.a.O. Selbst der Synthesebericht des SKMR vom Juli 2015 «Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen» kam ohne Referenzen an die Rechtsprechung des EGMR aus.

151 Botschaft Geschlechtsänderung, BBl 2020 799, 834.

152 Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG.

153 Botschaft Geschlechtsänderung, BBl 2020 799, 819 f.

154 Vgl. Postulate ARSLAN (Nr. 17.4121) vom 13. Dezember 2017 und RUIZ (Nr. 17.4185) vom 14. Februar 2018, beide sich auf BVerfGE 147, 1 (2019/16) vom 10. Oktober 2017 beziehend, vgl. dazu SCHULZ, ZEuP 2021, S. 64, 67 f.

155 Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts fand auch Aufnahme in die Stellungnahme der NEK Nr. 36/2020 (Die amtliche Registrierung des Geschlechts, Ethische Erwägung zum Umgang mit dem Geschlechtseintrag im Personenstandsregister) vom 5. Oktober 2020, S. 17.

c. *Fazit*

Die vorangehenden Ausführungen über die Entstehungsgeschichte von Art. 30b ZGB zeigen, dass eine Fortentwicklung des positiven Rechts und dessen Anpassung an geänderte gesellschaftliche Realitäten durchaus auch «binnenursächlich» sein können, wobei nicht genug betont werden kann, dass die ersten diesbezüglichen in der Rechtswissenschaft geäusserten Postulate wohl ganz wesentlich von interdisziplinären und feministischen Arbeiten inspiriert wurden und damit einen Diskurs aufnahmen, der in den Sozial- und Genderwissenschaften schon weit fortgeschritten war.¹⁵⁶ Es bleibt bei dieser Thematik die Erkenntnisse haften, dass einerseits die Modernisierung des ZGB nicht zwingend durch die EGMR-Rechtsprechung erst angestossen werden muss. Andererseits steht der Werdegang dieser Bestimmung auch für die für schweizerische Verhältnisse wenig überraschende Feststellung, dass die Mühlen der Revisionsgesetzgebung mitunter sehr lange mahlen. Abschliessend ist zu vermerken, soweit es um die Frage eines registerrechtlichen non-binären Geschlechts geht, scheint sich das Bild einer parallelen, ähnlich dynamischen Entwicklung der schweizerischen Gesetzgebung einerseits und der EGMR-Rechtsprechung andererseits abzuzeichnen.

3. *Vereinsrecht*

Zu einer Verurteilung der Schweiz kam es in jüngerer Zeit im Vereinsrecht.¹⁵⁷ Der Verein Rhino¹⁵⁸ bezweckte gemäss seinen Statuten u.a. sich zu bemühen, «die von ihm besetzten Liegenschaften dem Liegenschaftsmarkt und der Spekulation zu entziehen.» Das Bundesgericht bestätigte 2007 in BGE 133 III 593 im Wesentlichen die vorinstanzlichen Auffassungen, dass damit ein massgeblicher Teilzweck des Vereins widerrechtlich sei, was zwingend zur Auflösung des Vereins auf Klage hin gemäss Art. 78 ZGB führen müsse. Vor Bundesgericht riefen die Beschwerdeführer auch Art. 11 EMRK an. Das Bundesgericht hielt fest, die Auflösung des Vereins könne sich auf eine klare gesetzliche Grundlage stützen und es liege – weil Auflösung wegen widerrechtlichen Zwecks – ein

156 BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2002, S. 20 ff., bspw. Hinweise in Fn. 1 und 5; zur herausragenden Bedeutung der Interdisziplinarität im Familienrecht bzw. der Familienwissenschaft SCHWENZER/AESCHLIMANN, FS Giger, S. 501, 505 ff. sowie COTTIER, FamPra.ch 2012, S. 65 ff.

157 Die frühere Kommission war 1978 bereits mit dem ebenfalls Art. 11 Abs. 2 EMRK betreffenden Entscheid vom 10. Oktober 1979 (Nr. 8191/78) *Rassemblement jurassien gegen die Schweiz* befasst (s. auch VILLIGER, N 839).

158 Das Akronym RHINO soll gemäss BGE 133 III 593 bzw. Pra 2008 Nr. 53 gleichzeitig zwei Bedeutungen haben, nämlich «Retour des Habitants dans les Immeubles Non Occupés» («Rückkehr der Bewohner in die leerstehenden Liegenschaften») und «Restons Habitants dans les Immeubles que Nous Occupons» («Bleiben wir Bewohner in den von uns besetzten Liegenschaften»).

Anwendungsfall einer zulässigen Einschränkung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 EMRK vor. Die vom EGMR im Entscheid *Refah Partisi*¹⁵⁹ angemahnte Zurückhaltung gelte nur für politische Vereine¹⁶⁰ bzw. Parteien und eine solche Situation liege nicht vor¹⁶¹. Unbeachtet liess das Bundesgericht einen Entscheid des EGMR aus dem Jahr 2004, welcher erahnen liess, dass die Ausnahmen gemäss Art. 11 Abs. 2 EMRK allgemein eng auszulegen sind und der Gerichtshof die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips streng prüft.¹⁶² Die Berufung der Beschwerdeführer auf die EMRK ist bemerkenswert, fand sich doch damals in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung kein Hinweis darauf, dass die Anwendung von Art. 78 ZGB einen Verstoss gegen Art. 11 EMRK darstellen könnte bzw. den Grundsatz der Verhältnismässigkeit des Eingriffs verletzen könnte.¹⁶³ 2011 erfolgte die Verurteilung durch den EGMR in dieser Angelegenheit.¹⁶⁴ Dabei wurde auf den bereits erwähnten Entscheid aus dem Jahr 2004 hingewiesen¹⁶⁵ und festgehalten, es sei der Schweiz nicht gelungen aufzuzeigen, dass eine weniger einschneidende Massnahme nicht zum Ziel geführt hätte, weshalb der Eingriff nicht mehr als verhältnismässig qualifiziert werden könne.¹⁶⁶

159 EGMR vom 13. Februar 2003 (Nr. 41340/98) *Refah Partisi gegen die Türkei*.

160 Das Bundesgericht verweist nur allgemein auf den Entscheid des EGMR. Die konkrete Stelle dürfte § 100 sein. Zwar wird dort tatsächlich ausgeführt, die Ausnahmen gemäss Art. 11 Abs. 2 EMRK seien bei politischen Parteien eng auszulegen, doch könnte die Passage betreffend Auflösung durchaus auch verallgemeinernd in dem Sinne gelesen werden («*Drastic measures, such as the dissolution of an entire political party [...] may be taken only in the most serious cases*»), dass eine Auflösung eine drastische Massnahme darstelle, welche nur in den schwerwiegendsten Fällen zulässig sei.

161 BGE 133 III 593 E. 5.3.

162 Vgl. EGMR vom 17. Februar 2004 (Nr. 44158/98), *Gorzelik gegen Polen* der (und zwar in allgemeiner Weise) auf die enge Auslegung und das Verhältnismässigkeitsprinzip hinwies: «*that only convincing and compelling reasons can justify restrictions on that freedom. All such restrictions are subject to a rigorous supervision by the Court*» (§ 88) bzw. «*it must look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was 'proportionate to the legitimate aim pursued' and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are 'relevant and sufficient'*» (§ 96).

163 Vgl. statt vieler BSK ZGB I [2006]-HEINI/SCHERRER, Art. 78 N 1 ff.; BK [1990]-RIEMER, Art. 78 N 29 ff.

164 EGMR vom 11. Oktober 2011 (Nr. 48848/07) *Association Rhino gegen die Schweiz*.

165 EGMR vom 11. Oktober 2011 (Nr. 48848/07) *Association Rhino gegen die Schweiz*, § 61.

166 EGMR vom 11. Oktober 2011 (Nr. 48848/07) *Association Rhino gegen die Schweiz*, § 65 f.; ebenfalls zur ratio decidendi gehörte das Argument, dass mit der juristischen Auflösung des Vereins das Ende der Hausbesetzung gar nicht hätte erreicht werden können und diese Besetzung schon lange andauerte; vgl. die Besprechung des Urteils bei DIETIKER, AJP 2012, S. 539, 563 ff.

Bemerkenswert ist, dass der Entscheid weder in der schweizerischen Lehre¹⁶⁷ noch in der Öffentlichkeit¹⁶⁸ hohe Wellen geschlagen hat. Die besondere Bedeutung wurde höchstens darin gesehen, dass es damit zum ersten Mal zu einer Verurteilung der Schweiz wegen einer Verletzung von Art. 11 EMRK gekommen sei.¹⁶⁹ Die zivil- bzw. vereinsrechtliche Lehre wiederum scheint im Entscheid *Rhino* keine Veranlassung zu sehen, diesbezüglich eine Revision des ZGB zu fordern, obwohl der Wortlaut von Art. 78 ZGB keine andere Massnahme als die Aufhebung des Vereins zulässt und damit durchaus eine Revision geboten sein könnte.¹⁷⁰ Auch finden sich keine Stimmen, die ein differenzierteres zivilrechtliches Sanktionssystem als Reaktion auf eine widerrechtliche Zweckverfolgung verlangen oder sogar die grundsätzliche Tauglichkeit dieser zivilrechtlichen Sanktion diskutieren. Der Entscheid des EGMR wird zwar erwähnt,¹⁷¹ aber Auswirkungen scheint er aus Sicht der zivilrechtlichen Lehre keine zu haben. Der Unterschied zur Verurteilung der Schweiz im Bereich des Namensrechts, der zu jahrzehntelangen Befassungen des Gesetzgebers geführt hat¹⁷², scheint wohl einerseits in der geringfügigen praktischen Relevanz¹⁷³ und andererseits in der geringeren politisch-gesellschaftlichen Bedeutung der Problematik zu liegen. Vereinsauflösungen nach Art. 78 ZGB dürften sehr selten sein und Rechtsunterworfenen kaum je damit konfrontiert sein, während die Frage des Familiennamens nach der Heirat einen ganz wesentlichen Teil der Gesellschaft konkret tangiert und die Namensgebung und -wahl von erheblicher persönlicher emotionaler Bedeutung¹⁷⁴ ist.

-
- 167 Vgl. die etwas ausführlichere Besprechung bei DIETIKER, AJP 2012, S. 539, 563 ff.; die Kritik von SCHÜRER, ZBl 2016, S. 171, 181 f., der sich daran stösst, dass die zivilrechtlichen Abteilungen gestützt auf Art. 190 BV nicht bereit waren, die Verhältnismässigkeit genauer zu prüfen und die Massgeblichkeit von Art. 78 ZGB in Frage zu stellen; die Begründung des BGER als «*ma-ger*» bezeichnend SEILER, ZBl 2012, S. 223, 256; SCHUBARTH, Anwaltsrevue 2013, S. 366, 370, der den Entscheid als «*Beispiel richterlicher Selbstherrlichkeit*» brandmarkt; siehe auch HERTIG RANDALL, S. 136, wonach das Urteil von beschränkter Anwendung sei.
- 168 Abgesehen davon, dass MARTIN SCHUBARTH und LUDWIG A. MINELLI in der NZZ (vom 13.5.2013 bzw. 17.5.2013) deswegen die Klagen kreuzten, wobei der Entscheid eher als Aufhänger für die kritisierte bzw. befürwortete dynamische Rechtsprechung des EGMR diene.
- 169 JAKOB/DARDEL/UHL, S. 18.
- 170 A.M. HERTIG RANDALL, a.a.O., wonach «*dieses Urteil keine Gesetzesänderung erfordert*»; denkbar wäre allenfalls die Teilnichtigkeit, wobei auch diesfalls der vom EGMR erhobene Einwand seine Gültigkeit hätte, dass mit dieser Massnahme der verfolgte Zweck (Nichtbesetzung der Häuser) nicht hätte erreicht werden können.
- 171 Vgl. statt vieler BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 78 N 3; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 78 Fn. 954 mit dem Hinweis, auch die Massnahme nach Art. 78 ZGB habe den Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs zu genügen.
- 172 Siehe dazu unten Ziff. D. III. 2.
- 173 Geschlossen wird dies daraus, dass – soweit ersichtlich – kaum publizierte oberinstanzliche Entscheide über derartige Verfahren existieren, seit dem Entscheid BGE 133 III 593 kein einziger, vgl. aber BGE 115 II 401 (Sud Provizel AG) und BGE 112 II 1 (Wohnbau AG Giswil), welche beide Aktiengesellschaften betrafen.
- 174 Vgl. auch BREITSCHMID, RabelsZ 2008, S. 686, 709, wonach diese «*emotionale Aura*» des Namensrechts mit ein Grund sei, weshalb sich die Reformgesetzgebung als schwierig erweise.

III. Familienrecht

1. Eheschliessungsrecht

a. Wartefrist nach der Scheidung für den schuldhaften Ehegatten (Art. 150 aZGB)

Die erste Verurteilung der Schweiz durch den EGMR im Bereich des Familienrechts erfolgte im Jahr 1987 aufgrund einer Verletzung des Rechts auf Eheschliessung (Art. 12 EMRK).¹⁷⁵ Das Gericht befasste sich im Urteil *F. gegen die Schweiz*¹⁷⁶ mit einem dreijährigen Eheverbot, welches dem beschwerdeführenden Ehemann gestützt auf den damaligen Art. 150 ZGB auferlegt wurde. Der damalige Art. 150 Abs. 1 ZGB sah vor, dass im Scheidungsverfahren «[...] dem schuldigen Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe auf ein bis zwei Jahre und im Falle der Scheidung wegen Ehebruchs auf ein bis drei Jahre zu untersagen [ist].» Das Recht auf Ehe garantierten damals die Art. 54 Abs. 1 und 2 aBV (Art. 14 BV) sowie Art. 12 EMRK. Dieses beinhaltet insbesondere den Schutz Privater gegen staatliche Einschränkungen der Möglichkeit zu heiraten, jedoch auch die freie Partnerwahl.¹⁷⁷ Eheschliessverbote und Ehehindernisse bedeuteten Einschränkungen dieses Rechts,¹⁷⁸ wobei diese zulässig sind, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage basieren, durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sind und das Prinzip der Verhältnismässigkeit wahren.¹⁷⁹ Die Wartefrist aus Art. 150 ZGB war ein aufschiebendes Ehehindernis gemäss damaligem Art. 104 Abs. 1 ZGB.¹⁸⁰ Die Vorschrift des Art. 150 ZGB stellte eine zivilrechtliche Sanktion dar, welche dem Schutz des Instituts der Ehe und damit der öffentlichen Ordnung dienen sollte.¹⁸¹ Das Bundesgericht wandte Art. 150 ZGB bereits seit 1912 mit Zurückhaltung an, da es in der Norm einen erheblichen Eingriff in die Freiheit des Einzelnen feststellte, welcher der Garantie der Ehefreiheit widerspräche.¹⁸² 1981 verschärfte das Bundesgericht die Rechtsprechung; neu sollte ein Eheverbot nur ausgesprochen werden, wenn ein «*ausserordentlich schweres Verschulden*» vorlag und dieses für die Zerrüttung der Ehe «*eine massgebende Rolle*» spielte.¹⁸³ Dabei war die Wartefrist jedoch stets von Amtes wegen anzuordnen.¹⁸⁴

In casu erachtete das Bundesgericht das Verschulden des Ehemannes sowohl als ausserordentlich schwer als auch massgebend für die Zerrüttung der Ehe.

175 HERTIG RANDALL, S. 132.

176 EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*.

177 PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011, S. 321, 322.

178 BBl 1996 I 1, 12.

179 PAPAUX VAN DELDEN, S. 27.

180 BK-BÜHLER/SPÜHLER [1980], Art. 150 ZGB N 5.

181 HEINZ, SJZ 1991, S. 201, 202.

182 HEINZ, SJZ 1991, S. 201, 202.

183 BGE 107 II 395.

184 BGE 68 II 149; BGE 69 II 353; BGE 74 II 8.

Der Beschwerdeführer hatte zwischen 1963 und 1987 vier Mal geheiratet. Mit seiner dritten Frau war er nur einige Tage verheiratet, bevor er ihr ohne Erklärung mitteilte, er wolle sich scheiden lassen.¹⁸⁵ Das Bundesgericht bezeichnete sein Verhalten deshalb als verächtlich und grausam.¹⁸⁶ Der EGMR anerkannte zwar, dass es ein legitimes öffentliches Interesse bestünde, das Institut der Ehe zu stärken, bezweifelte jedoch, dass sich die Ausgestaltung von Art. 150 ZGB dazu eigne.¹⁸⁷ Des Weiteren hielt der EGMR fest, das Wiederverheirathungsverbot hindere auch den zukünftigen Ehegatten, der selbst nicht mit einer Wartefrist belegt ist, und u.U. auch innerhalb der Verbotsfrist geborene Kinder, die das Stigma der unehelichen Geburt zu tragen hätten.¹⁸⁸ Ausserdem hielt der EGMR fest, die gesetzgeberische Hoffnung, der Betroffene würde durch das Wiederverheirathungsverbot reflektierter werden, genüge nicht, um einen solchen Eingriff in den Persönlichkeitsbereich einer erwachsenen und urteilsfähigen Person zu rechtfertigen.¹⁸⁹ Das Gericht befand, Art. 150 ZGB stosse an die Substanz des garantierten Rechts auf Ehe und sei damit zum verfolgten Ziel des Gesetzgebers unverhältnismässig, weshalb das Gericht eine Verletzung von Art. 12 EMRK feststellte.¹⁹⁰ Dies rechtfertigte der EGMR nicht zuletzt damit, dass Deutschland eine entsprechende Norm bereits 1976 und Österreich 1983 abschafften, sodass die Schweiz der einzige Vertragsstaat war, der eine solche Wartefrist noch kannte.¹⁹¹ Ausserdem hielt das Gericht fest, dass die EMRK zwar kein Recht auf Scheidung vorsieht,¹⁹² Art. 12 EMRK aber nicht zwischen Verheirathung und Wiederverheirathung unterscheidet, wenn das nationale Recht die Möglichkeit einer Scheidung normiert, weshalb dann das Recht auf Wiederverheirathung nicht eingeschränkt werden darf.¹⁹³ Innerhalb des Richterkollegiums waren die Meinungen aber durchaus geteilt, das Urteil wurde mit einer hauchdünnen Mehrheit, nämlich mit neun gegen acht Stimmen gefällt.¹⁹⁴ Die vom Urteil abweichenden Richter bekundeten auf der letzten Seite des Urteils, dass es sich im Rahmen von Art. 150 ZGB um eine zeitlich klar eingegrenzte Einschränkung der Ehefreiheit handelte, deren Anwendung im konkreten Fall weder willkürlich noch unvernünftig erschien. Die abweichenden Richter waren deshalb nicht der Meinung, Art. 150 ZGB tangiere den Kernbereich von Art. 12 EMRK.¹⁹⁵

185 Zum Sachverhalt siehe auch HEINZ, SJZ 1991, S. 201.

186 Bundesgerichtliche Erwägungen wiedergegeben in EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 17.

187 EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 36.

188 EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 36.

189 EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 37.

190 EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 40.

191 EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 32.

192 EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 38.

193 EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 33.

194 EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 15.

195 EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 17.

Kritische Stimmen gegenüber Art. 150 ZGB waren in der Schweiz bereits seit Inkrafttreten des ZGB bzw. weit vor dem Urteil des EGMR zu hören. Bereits 1901 bezeichnete BURCKHARDT die Strafwartefrist – und damit den Entwurf von Art. 150 ZGB – als «unsachgemäss».¹⁹⁶ In den 1970er-Jahren bezweifelte HAUSHEER, ob die gewollte erzieherische Wirkung mit Art. 150 ZGB erzielt werden könne, weshalb sich eine «Pönalisierung» der Betroffenen kaum rechtfertigen liesse.¹⁹⁷ Insbesondere der Strafcharakter einer Norm im ZGB¹⁹⁸ und die Tatsache, dass die Wartefrist mit einer Heirat im Ausland umgangen werden konnte, wurden kritisiert.¹⁹⁹ Und auch in der Rechtsprechung war die Norm bereits vor 1987 umstritten und wurde in den Kantonen sehr unterschiedlich angewandt.²⁰⁰ Während das Kantonsgericht von Graubünden 1977 urteilte, Art. 150 ZGB verstosse nicht gegen Art. 12 EMRK, da er dem Betroffenen keine Rechte entziehe, sondern nur deren Ausübung für eine klar bestimmte Dauer sistiere,²⁰¹ konstatierte die Lehre bereits 1980, die Bestimmung sei «fast toter Buchstabe»,²⁰² und der Bundesrat bilanzierte 1989 rückblickend, die Strafwartefrist sei in der Praxis seit längerem – und damit auch schon vor dem EGMR-Urteil – kaum mehr angewendet worden.²⁰³ Bildlich gesprochen rannte das Urteil des EGMR in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre mehr oder weniger offene Türen ein. Bezeichnenderweise waren in der Lehre grossmehrheitlich keine kritischen Stimmen zu vernehmen.²⁰⁴ Dazu passend die Reaktion der Schweizerischen Juristenzeitung, welche sich veranlasst sah, einer das EGMR-Urteil kritisierenden und Art. 150 ZGB verteidigenden Urteilsbesprechung einen redaktionellen «Disclaimer» voranzustellen.²⁰⁵ Nach dem Urteil des EGMR war Art. 150 ZGB erst recht obsolet,²⁰⁶ denn das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement intervenierte offenbar einerseits bei der Expertenkommission zur Revision

196 BURCKHARDT, ZSR 1901, S. 296.

197 HAUSHEER, ZZW 1974, S. 333, 339 f.

198 BK-BÜHLER/SPÜHLER [1980], Art. 150 ZGB N 31.

199 HINDERLING, SJZ 1975, S. 253, 260.

200 GÖTZ, ZZW 1964, S. 335, 338.

201 KGer GR, PKG 1977, S. 9, 10 ff.

202 BK-BÜHLER/SPÜHLER [1980], Art. 150 ZGB N 37 m.w.H.; HÄNNI, FS Schnyder, S. 373, bezeichnete ihn wegen des Urteils des EGMR dann 15 Jahre später als (ganz?) toten Buchstaben. Bei Lichte besehen war Art. 150 ZGB damit bereits vor der Verurteilung durch den EGMR in der letalen Phase.

203 Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989, VPB 1989, S. 393, 425; siehe auch BBl 1996 I 1, 12; BK-BÜHLER/SPÜHLER [1980], Art. 150 ZGB N 5.

204 Vgl. bspw. JACOT-GUILLARMOD, ZBl 1986, S. 49, 62; THÜRER, ZBl 1988, S. 377, 399, Fn. 112; siehe aber die Kritik bei BSK ZGB I-LÜCHINGER/GEISER [1996], Art. 150 N 2.

205 Betroffen war die Urteilsbesprechung durch HEINZ, SJZ 1991, S. 201 («Die Redaktion nimmt den folgenden Abdruck zum Anlass, darauf hinzuweisen, dass die veröffentlichten Beiträge jeweils nur die Meinung des Autors und nicht notwendig die der Redaktion wiedergeben»).

206 BBl 1996 I 1, 12.

des Scheidungsrechts²⁰⁷ und bat 1989 andererseits die Gerichte, Art. 150 ZGB nicht mehr anzuwenden.²⁰⁸ Es vergingen dann aber noch rund elf Jahre, bis die Strafwartefrist durch die Revision des ZGB vom 26. Juni 1998 mit dem neuen Scheidungsrecht²⁰⁹ aufgehoben wurde.²¹⁰ Der Bundesrat betonte – auch unter Verweis auf den Entscheid des EGMR – in der Botschaft zu dieser Scheidungsrechts-Revision, die Eheverbote gründeten noch auf den gesellschaftlichen Verhältnissen des 19. Jahrhunderts und seien daher nicht mehr zeitgemäss.²¹¹ Die Änderungen – und damit die endgültige Abschaffung der Strafwartefrist nach einer Scheidung – traten am 1. Januar 2000 in Kraft.

Obleich der Bundesrat in der Botschaft zur Revision des Scheidungsrechts die Abschaffung der Wartefrist auch mit dem EGMR-Urteil begründete,²¹² so wird aufgrund der vorstehenden Ausführungen klar, es bestand in Lehre und Rechtsprechung der Konsens, dass diese Bestimmung höchst problematisch war und kaum mehr angewendet wurde. In den vorbereitenden Expert:innen-gremien bestand bereits seit 1975 Einigkeit, der Artikel solle abgeschafft werden.²¹³ Der Umstand, dass der EGMR im Urteil *F. gegen die Schweiz* zum ersten Mal über eine familienrechtliche Angelegenheit der Schweiz urteilte, mag eine gewisse Überhöhung seiner Bedeutung erklären. Eine Einschätzung, der Entscheid habe einen Impuls zur Modernisierung des schweizerischen Familienrechts geleistet,²¹⁴ erscheint deshalb m.E. bedeutungsüberschiessend. Als erster familienrechtlicher Entscheid mag er aber auch Familienrechtler:innen für die Relevanz der EMRK im Bereich des Familienrechts sensibilisiert haben.

b. Wartefrist von 300 Tagen für Frauen (Art. 103 aZGB)

Auch wenn klar kritisiert,²¹⁵ so wurde in der Lehre nicht diskutiert, ob der damalige Art. 103 ZGB – die Frauenwartefrist – mit der EMRK vereinbar war.²¹⁶ Gemäss Art. 103 Abs. 1 aZGB war es Witwen und Frauen, deren Ehe geschieden oder für ungültig erklärt worden war, untersagt, vor Ablauf von dreihundert Tagen nach der Auflösung oder Ungültigerklärung der früheren Ehe eine neue

207 Was wohl auch Wasser in den Rhein tragen bedeutete, denn bereits vorgängig wurde in den entsprechenden vorbereitenden Kommissionen die Streichung von Art. 150 ZGB vorgeschlagen, siehe die Hinw. bei BK-BÜHLER/SPÜHLER [1980], Art. 150 ZGB N 37.

208 Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989, VPB 1989, S. 393, 425; MALINVERNI, LeGes 2016, S. 375, 388.

209 Unzutreffend MALINVERNI, LeGes 2016, S. 375, 388, wonach die Streichung «*dans le cadre de la réforme du droit du mariage*» erfolgte.

210 AS 1999 1118.

211 BBl 1996 I 1, 12.

212 BBl 1996 I 1, 67.

213 HINDERLING, SJZ 1975, S. 253, 260.

214 HERTIG RANDALL, S. 132.

215 HEGNAUER, ZZW 1983, S. 65, 67, der einen Verstoss gegen die verfassungsmässige Ehefreiheit und Rechtsgleichheit annahm, die EMRK aber nicht erwähnte.

216 Vgl. auch HÄNNI, FS Schnyder, S. 372 f., der in seinem Aufsatz von 1995 zwar Wartefristen thematisierte, diejenige gemäss Art. 103 aZGB aber nicht erwähnte.

Ehe einzugehen. Diese Wartefrist wurde damit begründet, dass gemäss Art. 252 ZGB ein Kind, welches innerhalb einer Frist von dreihundert Tage nach Auflösung der Ehe geboren wurde, als ehelich galt. Hätte eine Frau innerhalb dieser Frist wieder heiraten können, so wäre ein Kind, welches innert der Frist geboren wurde, sowohl das eheliche Kind des geschiedenen und des neuen Ehemannes gewesen.²¹⁷ Die Wartefrist konnte gemäss damaligem Art. 103 Abs. 3 ZGB nur gerichtlich gekürzt werden, wenn eine Schwangerschaft der Frau aus früherer Ehe ausgeschlossen war oder wenn sich die geschiedenen Ehegatten wieder miteinander verheirateten.²¹⁸ Lehre und Rechtsprechung entwickelten jedoch einen Vorrang der Vermutung der Vaterschaft des zweiten Ehemannes, welcher mit der Einführung des neuen Kindesrechts in Art. 257 ZGB übernommen wurde.²¹⁹ Die neue Regel wurde am 25. Juni 1976 beschlossen und trat am 1. Januar 1978 in Kraft,²²⁰ womit Art. 103 ZGB eigentlich Sinn und Zweck verlor.²²¹ Trotzdem galt die Frauenwartefrist auch über die Revision des Kindesrechts hinaus²²² und wurde erst zusammen mit der Strafwartefrist nach Art. 150 ZGB aus dem ZGB entfernt.²²³ Der Bundesrat betonte in der Botschaft zur Scheidungsrechtsrevision, die Frauenwartefrist sei aufgrund des Art. 257 des revidierten Kindesrechts überholt und deshalb mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Frau und Mann (Art. 4 Abs. 2 BV) nicht vereinbar.²²⁴ Zwar führte der Bundesrat die EMRK-Widrigkeit nicht explizit als Grund an, doch wurde der betreffende Abschnitt mit einem Verweis auf Art. 12 EMRK eingeleitet und festgehalten, jedes Ehehindernis stelle eine Beeinträchtigung dieses Rechts dar.²²⁵ Obwohl sich die Frage vor dem EGMR nie stellte, kann nach den Ausführungen zu Art. 150 ZGB und den Worten des Bundesrates zur Gleichstellung der Geschlechter im Zusammenhang mit der Norm die Vereinbarkeit von Art. 103 ZGB mit Art. 12 EMRK und Art. 12 i. V. m. Art. 14 EMRK bezweifelt werden.

c. Absolutes Eheverbot für Geisteskranke (Art. 97 Abs. 2 aZGB)

Für Geisteskranke galt gemäss Art. 97 Abs. 2 aZGB ein absolutes Eheverbot, sie waren in keinem Fall ehefähig.²²⁶ Begründet wurde dies mit eugenischen Vorstellungen, Ziel war insbesondere die Verhütung der Vererbung von Geis-

217 OGer ZH, SJZ 1971, S. 206.

218 OGer ZH, SJZ 1971, S. 206; siehe auch HEUSSLER, Das Standesamt 2000, S. 4, 6.

219 OGer ZH, ZR 1983 Nr. 30; AppGer BS, SJZ 1960, S. 141 f.

220 AS 1977 237.

221 OGer ZH, ZR 1983 Nr. 30.

222 Und spielte offenbar in der Praxis eine erhebliche Rolle, vgl. WEBER, AJP 1999, S. 1633, 1635 Fn. 6.

223 AS 1999 1118.

224 BBl 1996 I 1, 12.

225 BBl 1996 I 1, 12.

226 HÄNNI, FS Schnyder, S. 368.

teskrankheiten.²²⁷ Im Jahre 1944 fühlte sich EGGER in seinem dem Bundesrat erstatteten Gutachten zur rechtlichen Lage der Familie sogar bemüssigt, u.a. unter Verweis auf das deutsche Ehegesundheitsgesetz von 1935 die Bestimmung zu rechtfertigen, ihre zurückhaltende Anwendung in der Schweiz zu bedauern und eine konsequentere Umsetzung dieses Eehinderungsgrundes zu fordern.²²⁸ Die Rechtsprechung ging aber bereits in den 1940er-Jahren davon aus, dass Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 97 Abs. 1 ZGB immer schon dann vorlag, wenn die Verlobten in der Lage waren, das Wesen der Ehe und die daraus erwachsenden Rechte und Pflichten zu erkennen und sich dementsprechend zu verhalten.²²⁹ Im Jahr 1983 setzte sich das Bundesgericht dann mit der Kritik der Lehre zu Art. 97 Abs. 2 ZGB auseinander und hielt fest, dass eine strenge Anwendung von Art. 97 Abs. 2 ZGB in höchstpersönliche und verfassungsmässig geschützte Rechte eingreifen würde, ohne einem öffentlichen Interesse zu dienen oder für den Schutz des anderen Partners geboten zu sein.²³⁰ Trotzdem war das Eheverbot für Geisteskranke noch bis 1985 in einigen Kantonen im Rahmen von fürsorglichen Zwangsmassnahmen auch mit einer Praxis der Zwangssterilisation von Geisteskranken verbunden.²³¹ Denn die Norm führte zu unerwünschter unehelicher Fortpflanzung von Geisteskranken, denen die Ehe verwehrt wurde, welche wiederum durch die Sterilisationen verhindert werden sollte.²³² Die strenge Rechtsprechung des Bundesgerichts von 1983 wurde auch in der Botschaft des Bundesrates zur Scheidungsrechtsrevision erwähnt und festgehalten, die Bestimmung könne aufgrund der Verletzung von Art. 54 Abs. 1 und 2 aBV und Art. 12 EMRK keine Gültigkeit mehr beanspruchen.²³³ Mit der 1998 beschlossenen Scheidungsrechtsrevision des ZGB wurde das Eheverbot für Geisteskranke ersatzlos gestrichen.²³⁴

*d. Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Eheschliessung
(Art. 99 Abs. 1 aZGB/Art. 94 Abs. 2 aZGB)*

Art. 99 Abs. 1 aZGB (nach der Revision von 1998 Art. 94 Abs. 2 aZGB) sah vor, dass eine entmündigte Person zur Heirat der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder der gesetzlichen Vertreterin bedurfte. Daran wurde auch in der

227 MINDER, S. 99; in BGE 109 II 273, 274 auch «erbbiologische Gründe» genannt.

228 Vgl. EGGER, Die rechtliche Lage der Familie, BBl 1944 I 1089, 1103 ff., dessen Ausführungen aus heutiger Sicht beklemmend sind (bspw. «Das qualitative Bevölkerungsproblem ist noch dringlicher als das quantitative») und ggf. Anstoss wären, nationalsozialistische Einflüsse in der schweizerischen Rechtswissenschaft zu untersuchen. Das Gutachten EGGER wurde vom Bundesrat für seinen Bericht an die Bundesversammlung über das Volksbegehren «Für die Familie» vom 10. Oktober 1944, BBl 1944 I 865, eingeholt.

229 BGE 77 II 105, 106.

230 BGE 109 II 273, 278.

231 MINDER, S. 96 f.

232 MINDER, S. 100.

233 Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I 1, 64.

234 HEGNAUER, FamPra.ch 2000, S. 1, 6.

1998 beschlossenen Scheidungsrechtsrevision, welche zudem die Bestimmungen des Eheschlusses umfasste, festgehalten, obwohl die Norm im Vernehmlassungsverfahren kritisiert wurde. Der Bundesrat begründete diesen Entscheid damit, dass ohnehin die Tendenz bestehe, eine Entmündigung nur noch sehr zurückhaltend anzuordnen. Ausserdem verstosse Art. 94 Abs. 2 ZGB nicht gegen Art. 54 Abs. 2 BV oder Art. 12 EMRK, denn die gesetzlichen Vertreter:innen durften nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Eheschliessung nicht aus gemäss Art. 54 Abs. 2 BV unzulässigen Gründen verweigern.²³⁵ So war es nicht zulässig, dass sich die gesetzlichen Vertreter:innen auf die wirtschaftlichen Interessen der Heimatgemeinde berufen, um die Zustimmung zu verweigern. Berücksichtigt werden durften einzig ökonomische Interessen des Mündels selbst sowie gesundheitliche, geistige oder sittliche Gefahren, welche dem Mündel aus der Ehe erwachsen könnten.²³⁶ In der Lehre wurde allerdings die Konfliktträchtigkeit der Bestimmung hinsichtlich Art. 12 EMRK erkannt.²³⁷ Immerhin wurde mit der Scheidungsrechtsrevision neu vorgesehen, dass auf kantonaler Ebene gegen die Verweigerung der Zustimmung ein Gericht angerufen werden konnte.²³⁸ Der Bundesrat verwies in diesem Zusammenhang auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und wies dabei nicht offen aus, dass das Bundesgericht es im angeführten Entscheid explizit als nicht mit Art. 6 EMRK vereinbar ansah, wenn gewisse vormundschaftliche Anordnungen über zivilrechtliche Ansprüche nur an eine vormundschaftliche Aufsichtsbehörde weitergezogen werden können.²³⁹ Die Voraussetzung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder der gesetzlichen Vertreterin zur Eheschliessung wurde erst mit der Revision des Erwachsenenschutzrechts mit Inkrafttreten am 1. Januar 2013 aufgehoben. Zur Begründung verwies die Botschaft des Bundesrates wiederum auf die grundsätzliche Vereinbarkeit mit der Ehefreiheit (allerdings von Art. 12 BV) je nach den Verweigerungsgründen und darauf, dass in der Praxis die Zustimmung nur in sehr seltenen Fällen verweigert würde. Ohne jegliche Erwähnung der EMRK oder sonstiger Gründe, weshalb die Bestimmung insgesamt problematisch sein könnte, begnügte sich der Bundesrat mit der Feststellung, der Entwurf verzichte auf die Bestimmung.²⁴⁰

e. Eheverbot bei Stiefkindverhältnissen

Bis Ende 2005 bestand ein Ehehindernis zwischen Stiefeltern und Stiefkindern (Art. 95 Abs. 1 Ziff. 2 aZGB), das sogar die Auflösung der das Stiefkindverhält-

235 Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I 1, 63.

236 BGE 106 II 177, 178.

237 HÄNNI, S. 369; SUTTER-SOMM, ZZW 1994, S. 332, 339, Zweifel äussernd, aber offengelassen.

238 Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I 1, 63.

239 BGE 118 Ia 473.

240 Botschaft Erwachsenenschutz, BBl 2006 7001, 7098.

nis begründenden Ehe überdauerte. Gemeinsam²⁴¹ mit dem Gesetz über die eingetragene Partnerschaft wurde auch beschlossen, dieses Ehehindernis zu streichen, wobei diese Änderung ein Jahr vor Inkrafttreten des Partnerschaftsgesetzes in Kraft trat.²⁴² Bemerkenswert ist, dass der Anstoss zur Streichung dieses Ehehindernisses durch die Motion JANIAK²⁴³ kam und in deren Begründung explizit darauf hingewiesen wurde, dieses Eheverbot sei weder zeitgemäss noch sei ein allgemein anerkanntes öffentliches Interesse erkennbar, obgleich das Verbot Art. 12 EMRK nicht verletzen möge bzw. unter dem Aspekt dieses Menschenrechts noch nicht unverhältnismässig sei. Der Bundesrat war im Übrigen ohne weitere Begründung für die Überweisung der Motion²⁴⁴ und auch im Parlament wurde diese ohne jegliche Opposition überwiesen.²⁴⁵ In der Lehre wird das ehemalige Eheverbot einstimmig als Verletzung von Art. 12 EMRK angesehen, auch wenn sich die Frage vor dem EGMR nie stellte.²⁴⁶

f. Fazit

Die älteren Bestimmungen zu den Ehehindernissen mit ihren die Ehefreiheit beschränkenden Wirkung waren allesamt im Lichte von Art. 12 EMRK problematisch. Auch wenn die erste Verurteilung der Schweiz im Bereich des Familienrechts die damalige Strafwartefrist von Art. 150 ZGB betraf, so ist zu konstatieren, dass bereits vorher die Streichung dieser umstrittenen Bestimmung geplant war, weshalb das betreffende EGMR-Urteil nicht als eigentlicher Impulsgeber bzw. Orientierungspunkt der diesbezüglichen Gesetzgebung gelten kann, mag es der totgesagten Bestimmung auch das letzte Lebensflämmchen ausgehaucht haben. Bei den sonstigen verdächtigen Bestimmungen ist eine Bandbreite zu erkennen, bei welcher am einen Ende klar zur Begründung der Streichung die EMRK angeführt wurde (Eheverbot für Geisteskranke) und am anderen Ende keinerlei offen deklariertes Bezug zu allfällig befürchteten Verurteilungen durch den EGMR besteht (Frauenwartefrist, Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bzw. Vertreterin zur Eheschliessung). Bemerkenswert sind

241 Beachtlich ist, dass in der diesbezüglichen Botschaft des Bundesrates zwar Ausführungen über die Eintragungshindernisse von Art. 4 PartG gemacht werden (und auch erörtert wurde, weshalb auf ein Eintragungshindernis Stiefeltern/Stiefkinder verzichtet wird), die im Anhang Ziff. 8 des PartG aber vorgesehene Neufassung von Art. 95 und 105 ZGB nirgends erwähnt wurde, BBl 2003 1288, 1331; vgl. auch FamKomm Eingetragene Partnerschaft-BÜCHLER/MICHEL, Art. 4 PartG N 5.

242 AS 2005 5696.

243 Motion JANIAK Nr. 02.3479 vom 25. September 2002. Die Motion war mutmasslich durch BGE 128 III 113 ausgelöst, welcher das Eheverbot von Stiefkind/Stiefeltern als mit Art. 12 EMRK vereinbar qualifizierte.

244 Stellungnahme des Bundesrates vom 13.11.2002.

245 Curia Vista, Nr. 02.3479, vgl. auch Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 2. September 2003.

246 PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011, S. 589, 619 verweist in Fn. 153 auf RHINOW, N 1325 f. und SCHEFER, S. 72 f.

schliesslich die folgenden zwei Aspekte: Zum einen dürfte es beim Entscheid des EGMR *F. gegen die Schweiz* (Strafwaretfrist) in der gesamten Ära seit Ratifizierung der EMRK durch die Schweiz singular gewesen sein, dass die Bundesbehörden nach einer Verurteilung die Gerichte baten, deswegen die betreffende Bestimmung des ZGB nicht mehr anzuwenden. Zum anderen verlief die Aufhebung des Eheverbots zwischen Stiefelter und Stiefkind überraschend geräuschlos, obwohl (zumindest nach Ansicht des Bundesgerichts) keine Konventionswidrigkeit vorlag und dieser Optik folgend keine Notwendigkeit zur Korrektur bestand.

Abschliessend ist zu vermerken, dass der EGMR die Ehe noch immer traditionell deutet und bezüglich Art. 12 EMRK – anders als bei Art. 8 EMRK – eine prononciert dynamische Auslegung der Konvention nicht zu erkennen ist.²⁴⁷ Unverheiratete Paare können sich nicht auf Art. 12 EMRK berufen, de-facto-Ehen werden vom Schutzbereich nicht erfasst.²⁴⁸ Der EGMR hielt lange an der Rechtsprechung fest, Art. 12 EMRK schütze die traditionelle Ehe zwischen zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts.²⁴⁹ Von dieser Auffassung wich der Gerichtshof erst im Jahr 2002 ab, als er im Verbot für eine transsexuelle Person, eine Person ihres ursprünglichen Geschlechts zu heiraten, eine Verletzung von Art. 12 EMRK sah.²⁵⁰ Gemäss EGMR ist es jedoch noch immer zulässig, die Ehe gegenüber gleichgeschlechtlichen Partnerschaften zu privilegieren, weil Art. 12 EMRK keinen Anspruch auf Zugang von gleichgeschlechtlichen Paaren zum Rechtsinstitut der Ehe noch zu deren Privilegien verleiht.²⁵¹ Diese EGMR-Rechtsprechung steht im Kontrast zur Lehre, welche die Vereinbarkeit des Ehehindernisses der Gleichgeschlechtlichkeit und Art. 12 EMRK bereits vor 25 Jahren bezweifelte.²⁵² Mit der *Ehe für alle* hat der schweizerische Gesetzgeber hier einen Weg gewählt, der nicht zwingend durch die Rechtsprechung des EGMR vorgezeichnet war.²⁵³

247 Vgl. auch VILLIGER, N 844, 850, der von einer textuellen Auslegung spricht, die er begrüsst.

248 PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011, S. 321, 333.

249 EGMR vom 27. September 1990 (Nr. 10843/84) *Cossey gegen das Vereinigte Königreich*, § 43a; PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011, S. 589, 622.

250 EGMR vom 11. Juli 2002 (Nr. 28957/95) *Christine Goodwin gegen das Vereinigte Königreich*, § 80 und 100; PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011, S. 589, 622.

251 EGMR vom 21. Juli 2015 (Nr. 18766/11 und Nr. 36030/11) *Oliari u.a. gegen Italien*; EGMR vom 19. Februar 2013 (Nr. 19010/07) *X u.a. gegen Österreich*; COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 104 f.; bereits früh kritisch dazu PAPAUX VAN DELDEN, S. 415 ff.

252 PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011, S. 589, 623, mit Verweis auf VAN DIJK/VAN HOOF, *Theory and Practice of the ECHR*, La Haye, 3 e éd., 1998, 607.

253 Siehe dazu auch unten Ziff. D III. 4. d.

2. *Familiennamensrecht*

a. *Ausgangslage*

Hauptanliegen der grossen Eherechtsrevision in den Jahren 1979 (Botschaft) bzw. 1988 (Inkrafttreten) war die rechtliche Gleichstellung von Mann und Frau in der Ehe.²⁵⁴ Im Rahmen der Revisionsarbeiten schien klar, dass das Namensrecht hin zu mehr Gleichberechtigung modifiziert werden musste, allein die Frage des Wie war sehr umstritten und die Gesetzgebungsarbeiten glichen bereits damals einem veritablen Zickzack- oder Schleuderkurs,²⁵⁵ was insofern nicht verwunderlich ist, als der Familienname als Element des Persönlichkeitsrechts mit dem (damals hochgehaltenen) Prinzip der Familiennamenseinheit²⁵⁶ nur schwer miteinander in Einklang zu bringen war.²⁵⁷ Das im Vorentwurf noch zur Diskussion gestellte freie Wahlrecht wurde in der Vernehmlassung schlecht aufgenommen, weshalb der Bundesrat davon absah, dieses im Entwurf vorzusehen, wobei er unter anderem auch auf rechtstatsächliche Untersuchungen aus Deutschland verwies, wonach nur ein kleiner Teil von diesem Wahlrecht Gebrauch gemacht hätte.²⁵⁸ In jenem Stadium bestand noch keine zwingende Veranlassung, die Revision des Namensrechts unter dem Titel der Menschenrechtskonformität zu verhandeln. Dies auch deshalb, weil im Entscheid *Hagmann-Hüsler gegen die Schweiz* im Jahr 1977²⁵⁹ die frühere Kommission den Vorrang des Namens des Ehemannes und die Pflicht der Frau, ihren Ledignamen bei der Heirat aufzugeben, nicht als geschlechtsspezifische Diskriminierung angesehen hatte. Die Kommission entschied, die erleichterte Identifikation von Familienmitgliedern mit gemeinsamem Namen sei eine «vernünftige Begründung» für eine Ungleichbehandlung und die Norm daher konventionskonform.²⁶⁰ Der Bundesrat erwähnte in seiner Botschaft Art. 14 der EMRK zwar kurz in allgemeiner Weise (unter dem Titel «Internationale Bestrebungen»), beeilte sich aber zu relativieren, dieser verpflichtete die Staaten nicht, den Grundsatz der Gleichheit in den Gesetzen vorzusehen.²⁶¹

254 Botschaft Eherecht, BBl 1979 II 1191, 1202.

255 Zur Revisionsgeschichte im Kontext der Eherechtsrevision vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 160 ZGB N 3 ff.; ebenfalls zur Geschichte des Namensrechts bei Heirat BADDELEY, FamPra.ch 2020, S. 613 ff.

256 Vgl. dazu auch BADDELEY, FamPra.ch 2020, 613, 619 f. («*L'illusion de l'immuabilité du nom*»).

257 HEGNAUER/BREITSCHMID, Rz. 13.05 m.w.H.

258 Botschaft Eherecht, BBl 1979 II 1191, 1242; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 160 ZGB N 6, dort auch Österreich erwähnend, was in der Botschaft keine Stütze findet.

259 EGMR vom 15. Dezember 1977 (Nr. 8042/77) *Hagmann-Hüsler gegen die Schweiz*, auszugsweise abgedruckt in VPB 1983 Nr. 201.

260 EGMR vom 15. Dezember 1977 (Nr. 8042/77) *Hagmann-Hüsler gegen die Schweiz*; WITTINGER, FamPra.ch 2009, S. 84, 107 f.

261 Botschaft Eherecht, BBl 1979 II 1191, 1206.

b. *Der Fall Burghartz*

Das neue Eherecht war noch nicht einmal ein Jahr in Kraft, da sah sich das baselstädtische Zivilstandesamt bzw. das Justizdepartement damit konfrontiert, ein Gesuch von seit 1984 verheirateten Ehegatten zu behandeln, welche den Namen der Ehefrau (Burghartz) zum gemeinsamen Familiennamen erklärten, und der Ehemann darum ersuchte, seinen Ledignamen diesem voranzustellen (Schnyder Burghartz).²⁶² Zwar hatten Frauen nach der Eherechtsrevision mit Art. 160 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit, bei der Heirat zu erklären, dass ihr Ledignamen dem gemeinsamen Familiennamen voranzustellen sei und neu war es bei achtenswerten Gründen ausserdem über den damaligen Art. 30 Abs. 2 ZGB möglich, den Ledignamen der Frau als gemeinsamen Familiennamen zu bestimmen. Diesfalls sah das ZGB aber keine Möglichkeit vor, dass der Ehemann analog zu Art. 160 Abs. 2 ZGB seinen Namen voranzustellen konnte. Im Hinblick auf diese neue Gesetzeslage versuchten die Ehegatten über ein Namensänderungsgesuch, die in Deutschland getroffene Namenswahl auch in der Schweiz anerkennen zu lassen.²⁶³ Dafür gingen sie bis vor das Bundesgericht, welches zwar eine Namensänderung gestützt auf Art. 30 Abs. 2 ZGB (aus übergangsrechtlichen Gründen) ablehnte, weil eine solche nur Paaren bei einer Heirat nach dem 1. Januar 1988, nicht jedoch bereits zuvor verheirateten Paaren zustünde. Den Urteilsabwägungen ist greifbar zu entnehmen, wie das Ergebnis dem Bundesgericht unbefriedigend erschien. Als Ausweg gewährte es dem Paar einen gewöhnlichen Namenswechsel aus wichtigem Grund²⁶⁴ gestützt auf Art. 30 Abs. 1 ZGB. Damit erhielten beide Ehegatten den Ledignamen der Frau (Burghartz) zum Familiennamen.²⁶⁵ Dies stellte für die Ehegatten jedoch nur einen Teilerfolg dar, denn das Bundesgericht gestattete es dem Ehemann nicht, seinen angestammten Familiennamen voranzustellen (Schnyder Burghartz), weil diese Möglichkeit gemäss Art. 160 Abs. 2 ZGB ausdrücklich nur für die Frau vorgesehen wurde.²⁶⁶ Aus den publizierten Erwägungen ist die detaillierte

262 Der Sachverhalt war insofern komplexer, als die Ehegatten bei der Heirat 1984 zwar den Namen der Ehefrau gemäss deutschem Recht als Familiennamen bestimmten, in der Schweiz wurde aber der Name des Mannes als Familienamen eingetragen, was dem geltenden Recht bis Ende 1987 entsprach. Ein 1984 gestelltes Namensänderungsgesuch, um den Familiennamen auf den Namen der Ehefrau zu wechseln, wurde abgewiesen; siehe Sachverhaltsschilderung in BGE 115 II 193, 194.

263 EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 8.

264 Diese sah das Bundesgericht durch den Zusammenhang des Sachverhalts mit der Grenzstadt Basel (!) sowie durch «*das berufliche Wirkungsfeld der Eheleute*» (angespielt wird damit wohl auf den Umstand, dass beide als Wissenschaftler:innen tätig waren und unter ihrem Namen publizierten) als gegeben an.

265 BGE 115 II 193, 198; noch vor 1988 hatte es das Bundesgericht wiederholt abgelehnt, Art. 30 ZGB dazu zu verwenden, das schweizerische Namensrecht zu umgehen und im Ausland registrierte Familiennamen in der Schweiz registrieren zu lassen, BGE 108 II 161, 164 m.w.H. Unter dem neuen Namensrecht verlor diese Rechtsprechung gemäss Bundesgericht jedoch ihre wesentliche Grundlage.

266 BGE 115 II 193, S. 200 f.

Argumentation der beschwerdeführenden Ehegatten nicht ersichtlich und wie sich das Bundesgericht damit auseinandersetzte. Die Ehegatten riefen jedenfalls den EGMR an und machten geltend, das schweizerische Namensrecht verstosse gegen das Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK. Sie argumentierten, die Möglichkeit des Ehemannes, den eigenen Ledignamen dem gemeinsamen Familiennamen voranzustellen, würde die Einheit der Familie nicht mehr bedrohen als die in Art. 160 Abs. 2 ZGB für Frauen vorgesehene (umgekehrte) Möglichkeit.²⁶⁷ Die Schweiz wiederum berief sich vor dem EGMR insbesondere darauf, dass der Bundesrat bei der Ratifizierung des Zusatzprotokolls Nr. 7 der EMRK einen Vorbehalt zu Art. 5 angebracht hatte. Die Bestimmung, welche die Gleichstellung der Geschlechter in Zivilsachen vorsah, wurde durch die Schweiz aufgrund von Art. 160 ZGB explizit vorbehalten.²⁶⁸ Die Schweiz argumentierte, Art. 5 des 7. Zusatzprotokolls habe *lex specialis*-Charakter zu Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK, weshalb sich der Vorbehalt auch auf diese beziehen würde.²⁶⁹ Zwar anerkannte die Schweiz, dass das neue Schweizer Eherecht bezüglich Bürgerrecht und Namensrecht der Ehegatten Frau und Mann ungleich behandelte, argumentierte jedoch, diese Ungleichbehandlung der Geschlechter basiere auf objektiven und verhältnismässigen Gründen, weshalb keine Diskriminierung im Sinne der Konvention vorläge.²⁷⁰ Obwohl die Gleichstellung von Mann und Frau bereits seit 1981 in der Verfassung festgehalten war²⁷¹ und der Gesetzgeber mit der Revision des ZGB von 1984²⁷² diesen Grundsatz ebenso im Familienrecht verwirklichen wollte,²⁷³ habe sich der schweizerische Gesetzgeber bewusst für ein traditionelles Namensrecht entschieden, welches die Einheit der Familie in einem gemeinsamen Familiennamen bewahre. Um der Gleichstellung der Geschlechter trotzdem Rechnung zu tragen, sei die Möglichkeit von Art. 160 Abs. 2 ZGB statuiert worden.²⁷⁴ Bezüglich des Vorbehalts der Schweiz zu Art. 5 des 7. Zusatzprotokolls hielt der EGMR fest, dieser sei als Ergänzung der Konvention zu betrachten und könne den materiellen Anwendungsbereich von Art. 8 und Art. 14 EMRK nicht einschränken.²⁷⁵ Das Gericht betonte, die Gleichstellung der Geschlechter sei ein wichtiges Ziel der Vertragsstaaten, weshalb es zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung der Geschlechter schwerwiegender Gründe

267 EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 25.

268 EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 22; HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, S. 189.

269 EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 23; HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, S. 73.

270 EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 26.

271 Art. 4 Abs. 2 BV 1981.

272 Revision 1984 in Kraft getreten 1988.

273 BGE 115 II 193, 199 f.

274 EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 26.

275 EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 23.

bedürfe.²⁷⁶ Das Gericht sah nicht ein, inwiefern die Familieneinheit weniger geschützt sei, wenn der Ehemann – gleich wie eine Ehefrau – nach Art. 160 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit hätte, seinen Ledignamen voranzustellen. Ausserdem bezweifelte das Gericht, dass die aktuelle Gesetzeslage einer Tradition entspreche, da sie erst 1988 in Kraft getreten war.²⁷⁷ Mit fünf gegen vier Stimmen entschied das Gericht deshalb, die Ungleichbehandlung basiere nicht auf objektiven und verhältnismässigen Gründen und verurteilte die Schweiz aufgrund einer Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK.²⁷⁸ Alle vier Richter mit abweichenden Meinungen befanden hingegen, Art. 8 EMRK sei nicht auf das gemeinsame Namensrecht von Ehegatten anwendbar.²⁷⁹ Sie hielten fest, der vorliegende Sachverhalt erreiche nicht die Erheblichkeit einer Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK und erwogen, dass die Vertragsstaaten im Bereich des Namensrecht über einen grossen Ermessensspielraum verfügten, da diesbezüglich kein europäischer Konsens vorläge.²⁸⁰

c. *Auswirkungen in der Schweiz*

In der Schweiz wurde das Urteil breit beachtet.²⁸¹ Auf regulatorischer Stufe wurde der Bundesrat schnell aktiv und passte bereits drei Monate nach dem Urteil die Zivilstandsverordnung an und ergänzte die Möglichkeit des vorangestellten Ledignamens für den Ehemann in Art. 177a ZStV und Art. 188i ZStV.²⁸² Damit stand die Zivilstandsverordnung jedoch in formellem Widerspruch zum ZGB – dem höherrangigen Gesetzesrecht – und verletzte damit das Prinzip der Gewaltenteilung.²⁸³ Ausserdem beseitigte die Regelung nicht sämtliche Diskriminierungen, da die Gesetzeslage noch immer den Namen des Ehegatten als Familiennamen bevorzugt behandelte, indem dieser ohne gemeinsames Gesuch gemäss damaligem Art. 30 Abs. 2 ZGB automatisch zum gemeinsamen Familiennamen der Ehegatten wurde (Art. 160 Abs. 1 aZGB).²⁸⁴ In der (zivilrechtlichen) Lehre waren vor allem Proteststimmen zu hören. So empörte sich HAUSHEER, mit der Hilfe der Gerichte in Lausanne und Strassburg würde deutsches

276 EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 27.

277 EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 28.

278 EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 29.

279 EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, a.E., abweichende Meinung der Richter Thór Vilhjálmsson, Pettiti, Valticos und Russo.

280 EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, a.E., abweichende Meinung der Richter Pettiti und Valticos.

281 Sowohl in Rechtsprechungsübersichten juristischer Fachzeitschriften als auch in der Tagespresse (siehe NZZ vom 25.08.1993, Nr. 196, sowie NZZ vom 23.02.1994, Nr. 45, S. 21).

282 AS 1994 1384, die Änderung trat am 1. Juli 1994 in Kraft.

283 HAUSHEER, FS Schnyder, S. 418; WYSS, recht 1999, S. 92, 102, begrüsst diese nicht «stufengerechte» Korrektur und mutmasste, diese sei schneller und politisch risikoloser zu erzielen gewesen als eine Revision des ZGB; ebenfalls zustimmend, weil damit eine schnelle und passende Lösung gefunden wurde, SCHEIDEGGER, S. 302.

284 RUMO-JUNGO, ZVW 2001, S. 167, 172; COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 103.

Namensrecht ins schweizerische Recht eingeführt²⁸⁵ und kritisierte, mit der evolutiv-dynamischen Auslegung der EMRK beanspruche der EGMR selbst im Bereich des Familienrechts bis ins Detail eine «vorausseilende Erziehungsfunktion».²⁸⁶ Und auch der damalige Bundesrichter SCHUBARTH monierte, der EGMR habe zu stark in die Kompetenzen des nationalen Gesetzgebers eingegriffen, denn der Entscheid müsse dem nationalen Gesetzgeber vorbehalten bleiben, ob und in welchem Tempo ein überkommenes Namensrecht weiterentwickelt werde.²⁸⁷ Obwohl der damalige Art. 30 Abs. 2 ZGB sich in der Praxis zu einem eigentlichen Wahlrecht der Ehegatten entwickelte,²⁸⁸ wurde ein solches Prozedere bereits 1981 (sic!) von HEGNAUER als behördliche Schikane bezeichnet.²⁸⁹ Unmittelbar nach dem Entscheid *Burghartz* des EGMR und der Änderung der Zivilstandsverordnung musste auch der Gesetzgeber aktiv werden, weil Nationalrätin SANDOZ mittels Parlamentarischer Initiative vom 14. Dezember 1994 die Anpassung des ZGB zur Gewährleistung der Gleichstellung von Frau und Mann erreichte und dabei prominent auf den Entscheid *Burghartz* verwies.²⁹⁰ Erst 1998 unterbreitete die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates eine erste Vorlage zur Gleichstellung der Geschlechter im Namensrecht²⁹¹, welche 2001 von beiden Räten abgelehnt wurde.²⁹² Mit der Parlamentarischen Initiative LEUTENEGGER OBERHOLZER²⁹³ aus dem Jahre 2003 unternahm das Parlament einen nächsten Anlauf, um ein gleichberechtigtes Namensrecht auszuarbeiten. Aber auch dieser Versuch erlitt vorübergehend Schiffbruch, ging 2009 doch der Entwurf an die Rechtskommission des Nationalrates zurück, wobei dieser angewiesen wurde, «ausschliesslich die durch das *EMRK-Urteil vom 22. Februar 1994 (Burghartz gegen Schweiz) absolut notwendigen Schritte vorzuschlagen*».²⁹⁴ Nur einige

285 HAUSHEER, FS Schnyder, S. 410.

286 HAUSHEER, FS Schnyder, S. 411 f.

287 SCHUBARTH, SJZ 1997, S. 387, der v.a. herausstrich, die Ehegatten hätten über das deutsche Recht den Namen des Mannes zum gemeinsamen Familiennamen erkoren und dieser Spezialfall hätte der Gesetzgeber nicht antizipieren müssen. Dabei übersah er, dass das Bundesgericht selbst mit BGE 115 II 193 gestützt auf schweizerisches Recht (Art. 30 Abs. 1 ZGB) den Ehegatten bzw. dem Ehegatten zubilligte, den Namen der Ehefrau zu tragen.

288 Bereits 1988 hielten BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISSER, Art. 160 ZGB N 32 fest, es dürften nicht wichtige Gründe verlangt werden, sondern jede einsichtige Begründung müsse genügen.

289 HEGNAUER, SJZ 1981, S. 249, was dann 18 Jahre später auch BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISSER, Art. 160 ZGB N 33a, so sahen (allerdings ohne Bezug auf HEGNAUER).

290 Man wird den Eindruck nicht los, dass sich die Initiantin aber insbesondere auch daran stiess, dass die Korrektur über den Verordnungs- und nicht den Gesetzgeber erfolgte. Bemerkenswert auch, dass bei der Behandlung im Nationalrat der Berichterstatter der Rechtskommission den Entscheid des EGMR nur in einem Satz untergeordnet erwähnte, AB 1995 N 2182.

291 Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 31. August 1998, BBl 1999, S. 4940 ff.

292 AB 2001 N 951 mit 97 zu 77 Stimmen, der Ständerat lehnte mit 25 zu 16 Stimmen ab. Aus dem Votum von NR REGINE AEPPLI geht hervor, dass sich selbst die Initiantin SANDOZ gegen den Entwurf stellte.

293 Geschäft 03.428.

294 AB 2009 N 275, 284.

Monate später legte die Kommission bereits einen neuen Entwurf zur Änderung des ZGB vor, welcher die Anpassungen der Zivilstandsverordnung durch den Bundesrat von 1994 unverändert dem ZGB hinzufügen sollte.²⁹⁵ Erst zwei Jahre später im Jahr 2011 krepelte der Ständerat die Vorlage vollständig um und knüpfte wiederum an den ursprünglichen Entwurf der Rechtskommission des Nationalrates an²⁹⁶ und bahnte damit den Weg zur heutigen Gesetzesfassung.²⁹⁷

Bemerkt wurde im Gesetzgebungsprozess nur am Rande²⁹⁸ und in der Lehre nur vereinzelt²⁹⁹, dass sich mittlerweile die Rechtsprechung des EGMR weiterentwickelt hatte³⁰⁰ und damit eine Anpassung des ZGB an das EGMR-Urteil *Burghartz* von 1994 vor einer weiteren Verurteilung nicht geschützt hätte, denn der Gerichtshof hatte in der Zwischenzeit seine Rechtsprechung bereits erweitert, worauf HEGNAUER in der NZZ eindringlich hinwies.³⁰¹ 2004 erging nämlich das Urteil *Ünal Tekeli gegen die Türkei*³⁰², in welchem der EGMR festhielt, dass sich ein europäischer Konsens abzeichne, welcher die Ehegatten im Namensrecht gleichstelle.³⁰³ Das Gericht entschied einstimmig, es verstosse gegen Art. 14 i. V.m. Art. 8 EMRK, wenn die Ehefrau den Namen des Mannes als Familiennamen tragen muss, selbst wenn die Eheleute den Frauennamen nicht als gemeinsamen Namen tragen wollen.³⁰⁴ Das Urteil betraf damit auch die Schweiz, denn ohne die Zustimmung des Ehemannes zu einem Namensänderungsgesuch nach Art. 30 Abs. 2 ZGB musste die Ehefrau im Schweizer Namensrecht den Namen des Ehemannes als gemeinsamen Familiennamen annehmen.³⁰⁵ Dies hielt ebenso das Bundesgericht im Jahr 2010 in BGE 136 III 168 fest und schloss daraus, die eheliche Namensregelung des ZGB sei nicht mit der EMRK vereinbar.³⁰⁶ Allerdings merkte es ferner an, der National-

295 Bericht und Entwurf der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 27. August 2009, BBl 2009 7573 ff.

296 AB 2011 S 477 (Votum BÜRGI); vgl. auch AEBI-MÜLLER, SJZ 2012, S. 449, 450.

297 Dabei wurde die seither weiter entwickelte Rechtsprechung des EGMR als Grund angeführt, nicht der «Schmalspurlösung» des Nationalrates Folge zu leisten, Votum JANIÄK AB 2011 S 477; ebenso Votum BRin SOMMARUGA, AB 2011 S 479.

298 Vgl. Bericht der Rechtskommission des Nationalrates vom 27. August 2009, BBl 2009, 7573 ff., wo lediglich in Fn. 16 das Urteil *Ünal Tekeli gegen die Türkei* erwähnt wurde; ebenso Votum BRin WIDMER SCHLUMPF, AB 2009 N 2284.

299 Vgl. die Hinweise in BGE 136 III 168, 171; ebenso Urteilsbesprechung BUCHER, AJP 2005, S. 1427 ff., 1430.

300 Wobei bereits der Entscheid *Burghartz* als Ausgangspunkt angesehen wird, aus Sicht der EMRK gänzlich auf eine Namensseinheit in der Ehe zu verzichten, WITTINGER, FamPra.ch 2009, S. 84, 108.

301 HEGNAUER, NZZ vom 14.04.2009, Nr. 85, S. 11; darauf folgend AEMISEGGER, Jusletter 20. Juli 2009, Rz. 95.

302 EGMR vom 16. November 2004 (Nr. 29865/96) *Ünal Tekeli gegen die Türkei*.

303 EGMR vom 16. November 2004 (Nr. 29865/96) *Ünal Tekeli gegen die Türkei*, § 61.

304 EGMR vom 16. November 2004 (Nr. 29865/96) *Ünal Tekeli gegen die Türkei*, a.E.

305 AEMISEGGER, Jusletter 20. Juli 2009, Rz. 95.

306 BGE 136 III 168, S. 171, E. 3.3.1; diesen Schluss vermochte das Bundesgericht fünf Jahre vorher noch nicht ziehen und hielt fest, eine über das Urteil *Burghartz* hinausgehende EMRK-Wid-

rat habe mit seinem Rückweisungsbeschluss bewusst eine EMRK-widrige Gesetzeslage in Kauf genommen, weshalb das Bundesrecht weiterhin als massgeblich zu erachten sei.³⁰⁷ Die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts billigte den konventionswidrigen Zustand daher und verzichtete darauf, den Gesetzgeber zu korrigieren.³⁰⁸ Damit folgte sie – anders als die beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen zur damaligen Zeit – auch im Anwendungsbereich der EMRK der Schubert-Praxis.³⁰⁹ Ebenfalls im Jahre 2010 kam es zu einer weiteren (absehbaren³¹⁰) Verurteilung der Schweiz durch den EGMR im Bereich des Namensrechts (*Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*).³¹¹ Das ungarisch-schweizerische Ehepaar hatte in der Schweiz geheiratet und den Namen der Ehefrau (Rose) zum gemeinsamen Familiennamen gewählt,³¹² nachdem ihnen verwehrt wurde, dass beide nach ungarischem Recht ihren eigenen Namen behalten konnten.³¹³ Das Bundesgericht verneinte im Jahre 2005 die EMRK-Widrigkeit, obschon es die entsprechende Regelung im ZGB als verfassungswidrig erachtete.³¹⁴ Die Beschwerdeführer sahen in der Tatsache, dass unter schweizerischem Namensrecht stets einer der Ehegatten den eigenen Ledignamen aufgeben müsse, eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK. Es handle sich um eine Ungleichbehandlung der Ehegatten ohne jegliche objektive und verhältnismässige Begründung.³¹⁵ Die Schweiz versuchte erneut, ihren Vorbehalt zu Art. 5 des 7. Zusatzprotokolls einzubringen und damit die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK auszuschliessen.³¹⁶ Ausserdem argumentierte sie, seit dem Urteil *Burghartz gegen die Schweiz*³¹⁷ habe sie die Gesetzeslage so angepasst, dass nicht mehr einem Geschlecht mehr Möglichkeiten im Namensrecht zustünden als dem anderen; die Ehegatten würden gleich behandelt. Wiederum rechtfertigte die Schweiz allfällige Ungleichbehandlungen der Ehegatten mit dem gesetzgeberischen Ziel der Einheit der Familie durch die Einheit des Familiennamens.³¹⁸ Der EGMR erwiderte bezüglich des Vorbehalts der Schweiz zu Art. 5 des 7. Zusatzprotokolls, dass Art. 8 EMRK zwar den Namen nicht ausdrücklich als Teil des Anwendungsbereichs nenne, dieser jedoch als Mittel zur persönlichen Identifikation und zur Symbolisierung von Familien-

rigkeit bestehe nicht, wobei es sich auf den Entscheid des EGMR vom 27. September 2001 (Nr. 36797/97) *G.M.B. und K.M. gegen die Schweiz* bezog.

307 BGE 136 III 168, S. 172, E. 3.3.4.

308 HERTIG RANDALL, S. 133 f.

309 SCHÖBI, recht 2010, S. 131, 133.

310 Urteilsbesprechung BUCHER, AJP 2005, S. 1427, 1430.

311 EGMR vom 9. 11. 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*.

312 EGMR vom 9. 11. 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 9.

313 EGMR vom 9. 11. 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 6.

314 BGer 5A.4/2005, E. 3.3.1; vgl. die scharfe und berechtigte Kritik in der Urteilsbesprechung BUCHER, AJP 2005, S. 1427 ff., 1430.

315 EGMR vom 9. November 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 30.

316 EGMR vom 9. November 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 22.

317 EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*.

318 EGMR vom 9. November 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 45.

zugehörigkeit im materiellen Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK zum Privat- und Familienleben enthalten sei.³¹⁹ Weiter prüfte der Gerichtshof, ob das Ziel der Einheit des Familiennamens in einem angemessenen Verhältnis zu den Rechtsfolgen stand. Dabei wiederholte der EGMR (unter Bezugnahme auf das Urteil *Ünal Tekeli gegen die Türkei*),³²⁰ eine Ungleichbehandlung von Mann und Frau bedürfe trotz Ermessensspielraum der Vertragsstaaten zwingende Gründe zur Rechtfertigung.³²¹ Ausserdem hielt er fest, es herrsche mittlerweile ein europäischer Konsens im ehelichen Namensrecht, die Ehegatten gleich zu behandeln.³²² Die Tatsache, dass gemäss Schweizer Recht nach der Heirat nur einer der beiden Ehegatten seinen Ledignamen ohne Doppelname behalten durfte, betrachtete der EGMR damit einstimmig als Verletzung von Art. 14 i. V.m. Art. 8 EMRK.³²³

Einer weiteren Verurteilung kam die Schweiz zuvor, indem nach jahrzehntelangem Ringen um ein geschlechterneutrales Namensrecht der Ehegatten am 1. Januar 2013 die Revision des ZGB in Kraft trat, welche – gleich wie bereits das Partnerschaftsgesetz – auf dem «Prinzip der Unveränderbarkeit des Namens» basierte und bis heute gilt.³²⁴ Anzufügen wäre, dass sich der bereits 1988 in den Vorbereitungsarbeiten der Eherechtsrevision beobachtete unstetige legislatorische Verlauf des ehelichen Namensrechts in jüngster Zeit fortsetzt. Ohne Anstoss einer EGMR-Rechtsprechung ist der Gesetzgeber geneigt, den durch die Revision 2013 verabschiedeten Doppelnamen wieder einzuführen,³²⁵ wobei er mittlerweile drei Varianten zur Diskussion stellen möchte (Doppelnamen bei gemeinsamem Familiennamen, Doppelnamen ohne gemeinsamen Familiennamen, Allianzname als amtlicher Name).

d. Fazit

Auch wenn der EGMR die Schweiz diesbezüglich zweimal verurteilte, zeigt die Entwicklung des Familiennamensrechts ein ambivalentes Bild, wenn es um die Frage geht, wie stark die EMRK bzw. EGMR-Rechtsprechung diese Entwicklung beeinflusst hat. Vorweg ist festzuhalten, dass die ersten Bemühungen eines geschlechtsindifferenten Namensrechts in der Eherechtsrevision ohne Bezugnahme zu den Garantien der EMRK getätigt wurden, was insofern nicht erstaunlich ist, als eine entsprechende EMRK-Sensibilität ganz allgemein noch nicht gross vorhanden war. Manifest ist hingegen, dass die erste Verurteilung durch das Urteil *Burghartz* den Revisionsstein ins Rollen brachte. Ohne gestal-

319 EGMR vom 9. November 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 26.

320 EGMR vom 16. November 2004 (Nr. 29865/96) *Ünal Tekeli gegen die Türkei*.

321 EGMR vom 9. November 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 46.

322 EGMR vom 9. November 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 47.

323 EGMR vom 9. November 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*.

324 AS 2012 2569.

325 Siehe Parlamentarische Initiative STAMM bzw. WALLISER (17.523; Ermöglichung von Doppelnamen bei der Heirat); BADDELEY, FamPra.ch 2020, S. 635 ff.

terische Visionen zog sich der Gesetzgeber zwischenzeitlich auf die Linie der EGMR-Rechtsprechung zurück und betrachtete diese als Minimalstandard. Erst später, dank hartnäckiger parlamentarischer Interventionen und eigentlich nur am Rande auf die Rechtsprechungsentwicklung des EGMR blickend, wurde schliesslich eine «grosse» Lösung verwirklicht. Der gesetzgeberische Irrlauf, der gleichzeitig einem Marathon gleich, führte dazu, dass das Namensrecht einen der wenigen Bereiche darstellte, in denen die Schweiz ein Urteil des EGMR nicht schnell genug umsetzte, um eine zweite Verurteilung zu vermeiden.³²⁶ Leicht ironisch könnte konstatiert werden, der überaus langsame Gesetzgebungsprozess habe erst ermöglicht, die neuste EMRK-Rechtsprechung mitzubersichtigen (obwohl dies effektiv nur am Rande eine Rolle spielte). Anders gewendet wäre aber auch die Schlussfolgerung denkbar, hätte der Gesetzgeber die ersten Hinweise im Fall Burghartz beherzt visionär und konsequent an der Vorgabe der Gleichberechtigung und nicht nur zwischenzeitlich auf einen Minimalstandard zurechtgestutzt umgesetzt, hätte die zweite Verurteilung vermieden werden können. Gesamthaft und in gewisser Weise auch nüchtern betrachtet kann bilanziert werden, dass die zwei Verurteilungen durch den EGMR weder Initialzündung noch Beschleuniger des gemächlichen und sich zuweilen in Irrungen und Wirrungen verlierenden Reformprozesses waren. Vielmehr führten sie den gesetzgebenden Akteuren vor Augen, dass die Schweiz bei der Anpassung des Rechts an den gesellschaftlichen Wandel im gesamteuropäischen Vergleich mehr und mehr ins Hintertreffen geriet und die Revision, deren Richtung allen seit Jahrzehnten klar war, überfällig war.

3. Abstammungsrecht

Die grosse Revision des Kindesrechts mit der Gleichstellung von ehelichen und nicht ehelichen Kindern erfolgte 1976/1978 und damit parallel zu den wichtigen Entwicklungen der EGMR-Rechtsprechung in diesem Bereich, namentlich dem Entscheid *Marckx gegen Belgien*.³²⁷ Das mit der Revision des Kindesrechts neu geregelte Abstammungsrecht und dabei namentlich die unterschiedlichen Möglichkeiten der Anfechtung der Vaterschaft standen ab den 90er-Jahren bzw. der Jahrtausendwende in der Kritik und unter dem (berechtigten) Vorwurf, gegen die Vorgaben der EMRK zu verstossen.³²⁸ Freilich, zu einem

326 MALINVERNI, LeGes 2016, S. 375, 390.

327 COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 78; EGMR vom 13. Juni 1979 (Nr. 6833/74) *Marckx gegen Belgien*.

328 Vgl. bspw. SCHWENZER, AJP 1994, S. 817, 820, dort allerdings die unterschiedliche Anfechtungsmöglichkeit im Kontext der UN-Kinderrechtskonvention kritisierend; BSK ZGB I [2002] – SCHWENZER, Art. 256 N 6; BÜCHLER, FamPra.ch 2005, S. 437, 465; vgl. auch bereits SCHWENZER, FamRZ 1985, S. 1, 6f., den Ausschluss der Mutter von der Anfechtung der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes im deutschen Recht monierend; vgl. auch die Hinweise bei COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 79 Fn. 24.

verurteilenden Entscheid des EGMR kam es nie.³²⁹ Ebenso wenig wurde das Abstammungsrecht revidiert. Auslöser der jüngsten, nun umfassend angelegten Bestrebungen zur Revision des Abstammungsrechts³³⁰ waren hingegen bundesgerichtliche Entscheide ab dem Jahre 2017, die offen monierten, das Abstammungsrecht sei nicht mehr zeitgemäss und es sei Sache des Gesetzgebers, hier tätig zu werden.³³¹ Zwar liefert die EGMR-Rechtsprechung doch einige Orientierungspunkte,³³² insb. bei der Frage der Anfechtung durch den genetischen Vater, für das in Revision befindliche Abstammungsrecht. Als impulsgebend oder prägend kann sie m.E. aber nicht bezeichnet werden, auch weil sie (derzeit noch) den Staaten einen erheblichen Ermessensspielraum zugesteht.³³³

4. Adoptionsrecht

a. Allgemeines

Bereits die ersten Revisionsbestrebungen im Bereich des Adoptionsrechts (insb. die grosse Revision 1972) waren mitangestossen durch internationale Abkommen, denen die Schweiz beigetreten war bzw. beitreten sollte.³³⁴ Weitere punktuelle Revisionen erfolgten meist als Folge von konnexen nationalen Familienrechtsrevisionen. 2001 wurde im Hinblick auf die Ratifizierung des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Internationalen Adoption³³⁵ das ZGB geändert³³⁶ und das dazugehörige Bundesgesetz erlassen.³³⁷

329 Vgl. COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 79 f. m.w.H., wonach der Ausschluss der Mutter vom Kreis der Anfechtungsberechtigten vom EGMR nicht als Verletzung von Art. 8 EMRK gesehen wird.

330 Vgl. Bericht des Bundesrates vom 17. Dezember 2021 zum Reformbedarf im Abstammungsrecht sowie der Bericht der Expert:innengruppe vom 21. Juni 2021.

331 BGE 144 III 1 E. 4.4.1, der sich explizit auf das Gutachten SCHWENZER vom August 2013 zum Postulat FEHR (12.3607) bezieht; BGer 5A_541/2017 vom 10. Januar 2018 E. 4.3; jüngst BGE 5A_545/2020 vom 7. Februar 2022 E. 8.7 nochmals eindringlich; vgl. auch bereits der Hinweis in BGE 143 III 624 E. 3.4.3, wonach der Gesetzgeber das Kindeswohl bei der Beurteilung der Aktivlegitimation unbeachtet lasse. Das Postulat Nr. 18.3714 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 21. August 2018, das am Anfang der laufenden Revision des Abstammungsrechts stand, verwies ausführlich auf diese Rechtsprechung des Bundesgerichts.

332 Vgl. dazu ausführlich Bericht der Expert:innengruppe vom 21. Juni 2021, Rz. 72 ff.; ausführlich SCHUMANN, S. 197 ff. zur EGMR-Rechtsprechung über die Anfechtungsmöglichkeiten biologischer Väter.

333 COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 80, m.w.H.

334 BBl 1971 I 1200, 1204, 1214.

335 SR 0.211.221.311, am 1. Januar 2003 in Kraft getreten.

336 Insbesondere wurde die Mindestdauer des der Adoption vorangehenden Pflegeverhältnisses auf ein Jahr reduziert (Art. 264 ZGB). Ebenfalls wurde das Recht des Adoptivkindes auf Kenntnis der Abstammung neu in Art. 268c ZGB eingeführt, dies in Anlehnung an Art. 27 FMedG, s. STETTLER, FamPra.ch 2002, S. 1, 10.

337 Bundesgesetz zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen (BG-HAÜ), SR 211.221.31.

Auch die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR hatten und haben einen massgeblichen Einfluss auf das Adoptionsrecht, wobei Art. 8 und Art. 14 EMRK im Vordergrund stehen. Bemerkenswert ist, dass der Bundesrat den Urteilen mit direktem Adoptionsbezug der Gesetzgebung im Adoptionsrecht geradezu «*richtungsweisende Funktion*» zugesteht,³³⁸ was nichts anderes bedeutet, als dass der EGMR die Richtung für den Gesetzgeber vorgab.³³⁹ Diese impulsgebenden Entscheide und ihre Auswirkungen sollen nachfolgend näher betrachtet werden.

b. Der Entscheid Emonet

Primäre Bedeutung hatte der die Schweiz verurteilende Entscheid *Emonet* des EGMR³⁴⁰ aus dem Jahr 2007. In der Lehre wird konstatiert, mit diesem Urteil habe der EGMR zum ersten Mal unmittelbar Einfluss auf das schweizerische Adoptionsrecht ausgeübt.³⁴¹ Das Urteil handelte von Herrn Emonet, der die querschnittsgelähmte volljährige Tochter, welche aus erster geschiedener Ehe seiner Partnerin stammte, adoptierte, worauf das Kindesverhältnis zur Mutter gestützt auf Art. 267 ZGB erlosch. Dies war deshalb zwingende Folge, weil das damalige schweizerische Recht die Stiefkindadoption auf verheiratete Paare beschränkte (Art. 264a Abs. 3 aZGB) und daher die Adoption als Einzeladoption (Art. 264b aZGB) durchgeführt wurde. Das Bundesgericht sah in seinem Urteil³⁴² weder eine Gesetzeslücke als gegeben noch befand es, die Bestimmung über die eheliche Stiefkindadoption könne analog angewendet werden.³⁴³ Ausserdem sah es explizit keine Verletzung der EMRK und wies die Beschwerde ab. Das Bundesgerichtsurteil wurde in der schweizerischen Lehre kaum diskutiert bzw. mit einer (heftig formulierten) Ausnahme³⁴⁴ begrüsst.³⁴⁵ Der EGMR hingegen sah dies in seinem nur drei Jahre später gefällten Urteil anders. Er lässt zum einen keinen Zweifel daran, dass die besonderen Umstände des Einzelfalles es rechtfertigen würden, mit der Auflösung des Kindesverhältnisses zur Mutter einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK anzunehmen. Die beson-

338 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28. November 2014 (fortan: Botschaft Adoption), BBl 2015 877, 888.

339 Siehe auch MEIER, FamPra.ch 2012, S. 255, 308; COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 83.

340 EGMR vom 13. Dezember 2007 (Nr. 39051/03) *Emonet und andere gegen die Schweiz*.

341 HERTIG RANDALL, S. 115, 135.

342 BGE 129 III 656 = Pra 2004 Nr. 23; zum prozessualen Sachverhalt siehe auch SCHÜRMAN, ZBJV 2008, S. 262.

343 BGE 129 III 656 E. 4.4.

344 Vgl. BUCHER, AJP 2005, S. 1430, der dem Bundesgericht Uneinsichtigkeit vorwarf und von einer offensichtlichen Verletzung von Art. 8 EMRK ausging, wobei er sich auch an der wenig einfühlsamen Urteilsbegründung stiess.

345 So AEBI-MÜLLER, ZBJV 2005, S. 584 f., wenn auch den Entscheid im Ergebnis als unbefriedigend bezeichnend.

deren Verhältnisse sah der Gerichtshof³⁴⁶ in der Tatsache, dass es um eine Erwachsene mit Behinderung ging, zu deren Adoption alle Beteiligten ihre freie und informierte Zustimmung gegeben hatten, die besondere Pflege und emotionale Unterstützung benötigte und zu der Herr Emonet eine enge Bindung hatte. Es verletze deshalb Art. 8 EMRK, wenn die Mutter und ihr Partner die faktische Familie nicht realisieren konnten, ohne dass das Kindesverhältnis zur Mutter aufgelöst wurde. Neben dieser doch sehr einzelfallorientierten Betrachtungsweise bemerkte der Gerichtshof aber zum anderen in allgemeiner Weise, zwar müsse aus formellen Gründen die Verletzung von Art. 14 EMRK nicht geprüft werden, doch «*en revanche, aux yeux de la Cour, l'argument du Gouvernement selon lequel l'institution du mariage garanti à la personne adoptée une stabilité accrue par rapport à l'adoption par un couple de concubins n'est plus forcément pertinent de nos jours*».³⁴⁷

Diese beiden Erwägungen des Gerichtshofs führten in der schweizerischen Lehre auch zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen. Einerseits wurden die Besonderheiten des Einzelfalls hervorgehoben³⁴⁸, andererseits konstatiert, unterschiedliche Behandlungen zwischen faktischen und ehelichen sowie homo- und heterosexuellen Beziehungen im Adoptionsrecht seien nicht mehr in Einklang mit der EMRK zu bringen.³⁴⁹ Der Bundesrat wiederum machte sich im Jahr 2015 beide Argumentationslinien zu eigen, um bestimmte Anliegen der angestrebten Revision des Adoptionsrechts zu fundieren. So wurde hinsichtlich der Adoption durch faktische Lebenspartner einzig der Entscheid *Emonet* des EGMR und die oben ebenfalls wiedergegebene Erwägung zitiert, wonach sich die Ansicht grundlegend geändert habe, dass nur die Ehe als Garantin für die notwendige Stabilität einer Beziehung dienen könne.³⁵⁰ Im Widerspruch dazu schlug der Bundesrat aber lediglich bei der Stiefkindadoption eine Gleichstellung von ehelichen und faktischen Paaren vor, allerdings mit dem vielsagenden Hinweis, damit halte er sich an die Vorgaben des Parlaments.³⁵¹ Eine gewisse Beliebigkeit, die Rechtsprechung des EGMR je nach politischem Willen anzuführen oder zu ignorieren, ist nicht von der Hand zu weisen. Entlastend ist anzuführen, dass dem Entscheid *Emonet* mit seinen einzelfallorientierten Erwägungen, seinen Widersprüchlichkeiten und seinen allgemein gehaltenen, aber weitergehenden obiter dicta keine präzise Orientierungsfunktion zu-

346 EGMR vom 13. Dezember 2007 (Nr. 39051/03) *Emonet und andere gegen die Schweiz*, § 80.

347 EGMR vom 13. Dezember 2007 (Nr. 39051/03) *Emonet und andere gegen die Schweiz*, § 81.

348 SCHÜRMAN, ZBJV 2008, S. 262, 266; MEIER/STETTLER [2014], Rz. 268 Fn. 526 m.w.H.

349 SCHWENZER, FamPra.ch 2008, S. 421 f. (Urteilsbemerkungen); weitere Hinweise bei COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 85 Fn. 59; ähnlich, aber vorsichtiger und unter Verweis auf den Entscheid des EGMR vom 22. Januar 2008 (Nr. 43546/02) *E.B. gegen Frankreich*, SCHÖBI, recht 2009, S. 99, 105 Fn. 18; PAPAUX VAN DELDEN, FS Baddeley, S. 208 f.

350 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 891.

351 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 906; m.E. kann daraus nicht geschlossen werden, die Regierung leite deshalb aus der EGMR-Rechtsprechung keine Öffnung der Adoption für alle Paare ab, so aber COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 85.

kam³⁵². M.E. ist nicht auszuschliessen, dass in der Beschränkung der gemeinschaftlichen Adoption auf Ehepaare eine Verletzung von Art. 14 EMRK gesehen werden könnte, es mithin zu einer weiteren Verurteilung kommen könnte.³⁵³

c. Weitere beeinflussende Entscheide des EGMR

Anstösse für die jüngste Revision des Adoptionsrechts bildeten aber noch weitere Entscheide des EGMR, welche in der Botschaft explizit erwähnt und geschildert wurden.³⁵⁴ Diese beeinflussten die Revision v.a. in dreierlei Hinsicht: Einerseits sollten allgemein die bisher eher starren Regeln der Adoptionsvoraussetzungen – unter Hinweis auf die Entscheide *Emonet* und *Schwizgebel*³⁵⁵ – flexibilisiert werden, damit durch den neu erhaltenen Ermessensspielraum die Gefahr einer Verurteilung der Schweiz durch den EGMR verringert werde.³⁵⁶ Breit referenziert hat die Botschaft andererseits auf Urteile des EGMR im Zusammenhang mit dem Adoptionsgeheimnis³⁵⁷, wobei allerdings bei der Vorstellung der konkreten Umgestaltung der Bestimmungen über das Adoptionsgeheimnis auf die Rechtsprechung des EGMR kein Bezug genommen wurde, sondern die Änderungen insbesondere unter Verweis auf eine parlamentarische Motion und die in der schweizerischen Lehre getätigten Überlegungen begründet wurden.³⁵⁸ Schliesslich zog die Botschaft die Rechtsprechung des EGMR auch hinsichtlich der Frage der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare heran. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist

352 So als Fazit sogar allgemein für die Rechtsprechung des EGMR im Bereich des Familienrechts, SCHUMANN, S. 207.

353 Vgl. KUKO ZGB-PFAFFINGER, Art. 264b ZGB N 5; s. auch COESTER-WALTJEN, FamPra.ch 2021, S. 374, 394, allerdings nur in Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach dessen Ausführungen zur Stiefkindadoption auch für die Ermöglichung der Fremdadoption durch faktische Lebensgefährten Bedeutung beanspruchen können; s. auch URWYLER, S. 171, wonach das Urteil *Emonet* eine «klare Absage an eine Differenzierung der zulässigen Adoptionen aufgrund des Zivilstandes der Adoptierenden» sei. Auch HENRICH konstatiert in seiner Urteilsanmerkung, die Entscheidung nehme wahrscheinlich die künftige Rechtsentwicklung vorweg, was die Adoption durch faktische Lebenspartner angehe, FamRZ 2008, S. 379.

354 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 894 ff.

355 Diese Flexibilitätsintention klingt an bei den Verweisen des Bundesrates auf das Urteil des EGMR vom 10. Juni 2010 (Nr. 25762/07) *Schwizgebel gegen die Schweiz*, BBl 2015 877, 895, aber auch beim Verweis auf den Entscheid *Emonet*, Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 894.

356 So explizit Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 900.

357 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 897 f. Verwiesen wird namentlich auf folgende Entscheide: Entscheid EGMR vom 13. Juli 2006 (Nr. 58757/00) *Jäggi gegen die Schweiz*, EGMR vom 25. September 2012 (Nr. 33783/09) *Godelli gegen Italien*, EGMR vom 13. Februar 2003 (Nr. 42326/98) *Odièvre gegen Frankreich* sowie EGMR vom 5. Juni 2014 (Nr. 31021/08) *I.S. gegen Deutschland*.

358 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 912 ff. Erheblichen Einfluss auf die neue Möglichkeit der offenen Adoption ging von den Publikationen von PFAFFINGER aus, so wird insb. in der Botschaft auf PFAFFINGER, FamPra.ch 2008, S. 1, 20, und PFAFFINGER, Rz. 230 verwiesen, Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 915.

bereits der Umgang des Bundesrates mit der EMRK rund fünf Jahre vor der hier thematisierten Revision. Noch in den Stellungnahmen des Bundesrates vom 15. Mai 2009 zur Interpellation FEHR³⁵⁹ und 8. September 2010 zur Motion PRELICZ-HUBER³⁶⁰ wurde nämlich die Rechtsprechung des EGMR vorgeschoben, um sich gegen die angeregte Aufhebung des Art. 28 PartG³⁶¹ auszusprechen, weil aus dem Entscheid des EGMR von 2008 *E. B. gegen Frankreich*³⁶² nicht «voreilig» der Schluss gezogen werden dürfe, ein Verbot der Adoption für gleichgeschlechtliche Paare in eingetragener Partnerschaft verletze die EMRK. In der Botschaft zur Revision des Adoptionsrechts hingegen erfolgte mit dem gleichen Entscheid des EGMR eher eine positiv konnotierte Kontextualisierung³⁶³ und es wurde hervorgehoben, die Behörden hätten mit der Berücksichtigung der sexuellen Orientierung der einzeladoptierenden Wunschnutter eine gegen Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK verstossende Differenzierung vorgenommen. Auch bei der Öffnung der Einzeladoption für Personen in eingetragener Partnerschaft (Abmilderung des Verbots in Art. 28 PartG) rekurrierte die Botschaft auf diesen Entscheid des EGMR.³⁶⁴ Dies war folgerichtig, denn wer Personen pauschal gestützt auf das formelle Kriterium des Bestehens einer eingetragenen Partnerschaft von der Einzeladoption ausschliesst, nimmt eine diskriminierende Differenzierung aufgrund der sexuellen Orientierung vor, was der Gerichtshof gerade ablehnte. Weiter zentral³⁶⁵ für den Revisionsentwurf des Bundesrates (mit der Zulassung der Stiefkindadoption auch bei gleichgeschlechtlichen faktischen und eingetragenen Paaren) war zudem der Entscheid des EGMR von 2013 im Fall *X gegen Österreich*³⁶⁶. Der Gerichtshof sah die Diskriminierung (wenig erstaunlich) darin, dass das österreichische Recht unverheirateten heterosexuellen Paaren die Stiefkindadoption ermöglichte, dies jedoch für gleichgeschlechtliche Paare rechtlich nicht mög-

359 Curia Vista, Nr. 08.3157.

360 Curia Vista, Nr. 10.3444.

361 Gemäss Art. 28 aPartG waren eingetragene Partner und Partnerinnen allgemein von der Adoption ausgeschlossen, was die gemeinschaftliche Adoption, die Einzel- und die Stiefkindadoption umfasste. Gründe dieses Verbots waren realpolitische Befürchtungen für den Fall einer Referendumsabstimmung, vgl. ZK-SCHWEIGHAUSER, Art. 28 PartG N 1.

362 EGMR vom 22. Januar 2008 (Nr. 43546/02) *E. B. gegen Frankreich*.

363 Indem er dem Entscheid EGMR vom 26. Mai 2002 (Nr. 36515/97) *Fretté gegen Frankreich* entgegengestellt wurde, bei dem die Verweigerung einer Einzeladoption mit Hinweis auf die sexuelle Orientierung des Wunschwalters geschützt wurde, weil der Gerichtshof den nationalen Rechtsordnungen einen grossen Ermessensspielraum zubilligte, da es in der Wissenschaft noch umstritten sei, welche Auswirkungen auf das Kindeswohl dies habe.

364 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 906 f.; interessant ist, dass sich hier der Bundesrat auch auf die Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates berief.

365 Vgl. auch Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 911, wo unmissverständlich festgestellt wird, «Die Notwendigkeit einer Öffnung für alle Lebensgemeinschaften ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des EGMR». Ebenso klar BBl 2015 877, 939, wonach die Rechtsprechung des EGMR es als angezeigt erscheinen lasse, die Entwicklungen der vergangenen Jahre im Adoptionsrecht abzubilden.

366 EGMR vom 19. Februar 2013 (Nr. 19010/07) *X gegen Österreich*.

lich war. Damit ergab sich eine direkte Implikationslinie vom Entscheid *Emonet* (im Ergebnis Zulassung der Stiefkindadoption bei faktischen Lebenspartnern) und dem letztgenannten Entscheid des Gerichtshofes *X gegen Österreich* hin zur Einführung der Stiefkindadoption auch für faktische gleichgeschlechtliche Lebenspartner. Die vollständige Öffnung der Adoption und damit die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Adoption für gleichgeschlechtliche eingetragene Partner:innen lehnte der Bundesrat ab. Er berief sich dabei einerseits auf den politischen Willen, indem er auf die Motion der Rechtskommission des Ständerates vom 15. November 2011 («Adoptionsrecht. Gleiche Chancen für alle Familien»)³⁶⁷ verwies,³⁶⁸ die in der vom Nationalrat abgeänderten Form nur noch die Stiefkindadoption umfasste.³⁶⁹ Aber auch hinsichtlich dieser Begrenzung bzw. «Verteidigungslinie» führte die Botschaft den EGMR an,³⁷⁰ wonach der Gerichtshof keine Pflicht sehe, gleichgeschlechtlichen Paaren die Ehe zu ermöglichen³⁷¹ und den nationalen Gesetzgebern ein weiter Ermessensspielraum zukomme, welche Rechte und Pflichten er bspw. eingetragenen Partnerschaften einräume (oder eben nicht). Diese Lösung, m.E. etwas pointiert durchaus als Minimallösung³⁷² zu bezeichnen, konnte zumindest in Anspruch nehmen, der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR nicht zu widersprechen.³⁷³ Letztlich liess der Bundesrat aber keine Zweifel aufkommen, dass es aus wissenschaftlicher Sicht in Bezug auf das Kindeswohl keine gerechtfertigten Einwände gäbe,³⁷⁴ sondern Opportunitätsgründe entscheidend waren.³⁷⁵ Wenig kaschierend wurde ferner aufgezeigt,³⁷⁶ dass die Zulassung der gemeinschaftlichen Adoption durch verschiedengeschlechtliche, faktische Lebenspartner (die zumindest auch als durch den EGMR angestossen bezeichnet werden könnte³⁷⁷) unweigerlich – wiederum aufgrund der Rechtsprechung des EGMR³⁷⁸ – zur Folge haben müsste, dies den gleichgeschlechtlichen faktischen

367 Curia Vista, Nr. 11.4046.

368 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 893.

369 Ausführlich und kritisch zur Stiefkindadoption in der eingetragenen Partnerschaft, REUSSER, FS Geiser, S. 431, 438 ff., HOTZ, SJZ 2021, S. 75, 76 f.

370 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 896, mit Verweis auf den Entscheid des EGMR vom 19. Februar 2013 (Nr. 19010/07) *X gegen Österreich*.

371 Siehe dazu auch oben Ziff. D. III. 1. f.

372 Zur seither geübten Praxis von Stiefkindadoptionen bei gleichgeschlechtlichen Paaren existieren (noch) keine empirischen Untersuchungen. Berichten von betroffenen gleichgeschlechtlichen Elternpaaren zufolge standen die kantonalen Adoptionsbehörden plötzlich neuartigen Familienkonstellationen gegenüber und dementsprechend habe es an Wissen bezüglich den «Regenbogen-Familien» gefehlt. Folglich habe es erhebliche Praxisunterschiede gegeben und auch die Verfahrenshürden seien von Kanton zu Kanton unterschiedlich hoch, vgl. zum Ganzen CREVOISIER/COTTIER, FamPra.ch 2021, S. 286, 321 f.

373 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 943.

374 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 916.

375 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 916 f.

376 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 917.

377 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 891 mit Verweis auf den Entscheid *Emonet*.

378 Entscheid des EGMR vom 19. Februar 2013 (Nr. 19010/07) *X gegen Österreich*.

Lebenspartner:innen ebenfalls zu gewähren. Die gemeinschaftliche Adoption für heterosexuelle faktische Lebensgemeinschaften³⁷⁹ ist jener Dominosteine, welchen der Bundesrat entfernt hat, damit nicht die gesamte Reihe an durch den EGMR aufgestellten Dominosteine hin zur gemeinschaftlichen Adoption für homosexuelle faktische Lebensgemeinschaften fällt. Diese Leerstelle bleibt auch nach Inkrafttreten der *Ehe für alle*, auf die nun noch kurz einzugehen ist.

d. *Ehe für alle*

An der Volksabstimmung vom 26. September 2021 wurde das Referendum gegen die Änderung vom 18. Dezember 2020 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (*Ehe für alle*) wuchtig abgelehnt. Die 64.1% Ja-Stimmen³⁸⁰ machten die politischen Opportunitätsüberlegungen, welche bei der Revision des Adoptionsrechts noch zur Ablehnung einer gemeinschaftlichen Adoption für eingetragene Partner:innen führten, zur Makulatur. Die neuen Bestimmungen sind am 1. Juli 2022 in Kraft getreten.³⁸¹ Ausgelöst wurde die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare im Jahr 2013 durch eine parlamentarische Initiative der grünliberalen Fraktion.³⁸² Nach mehrmaliger Fristverlängerung zur Ausarbeitung eines Entwurfs legte die Rechtskommission des Nationalrates am 30. August 2019 ihren Bericht vor.³⁸³ Da die Öffnung der Ehe zur Anwendung von Art. 264a Abs. 1 ZGB auch für gleichgeschlechtliche Ehepaare und damit zur gemeinschaftlichen Adoption führen würde, äusserte sich der Bericht dazu. Wenig erstaunlich³⁸⁴ wurde dabei kein expliziter Bezug zur EMRK genommen, sondern das Fundament der Begründung stellten die gewandelten gesellschaftlichen Überzeugungen dar.³⁸⁵ Die Einwände gegenüber gleichgeschlechtlichen Elternpaaren, wonach es ein Kind mit zwei Müttern oder Vätern in eine gesellschaftliche Ausnahmesituation bringen würde, seien nicht mehr zeitgemäss. Neben dem Hinweis, dass bei allen Ländern mit geöffneter Ehe zudem die gemeinschaftliche Adoption für die gleichgeschlechtlichen Ehepaare resultierte, untermauert dies der Bericht schliesslich auch mit dem Hinweis auf das seit

379 Vgl. aber jüngst der Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichts vom 6. Dezember 2021, der trotz entgegenstehender gesetzlicher Grundlage die Adoption auch für faktische Lebenspartner geöffnet hat, weil eine Beschränkung der Adoption auf Ehegatten gegen Art. 8/14 EMRK verstosse, VfGH vom 6. Dezember 2021 (G 247/2021), E. 2.5.3, iFamZ 2022, S. 6 f.

380 Vgl. <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20210926/can647.html> (zuletzt besucht am 9. April 2022).

381 AS 2021 747; Art. 9g SchlT ZGB gilt bereits seit dem 1. Januar 2022.

382 Curia Vista, Nr. 13.468.

383 Bericht *Ehe für alle*, BBl 2019 8595 ff.

384 Weil sich aus der EMRK-Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK keine Notwendigkeit der Öffnung der Ehe oder ein Anspruch auf gemeinschaftliche Adoption für gleichgeschlechtliche Paare ergab (ausser es liege eine Situation vor, die unter Art. 14 EMRK eine Verletzung darstellt, siehe VILLIGER, N 684); BBl 2015 877, 896, mit Verweis auf den Entscheid des EGMR vom 19. Februar 2013 (Nr. 19010/07) *X gegen Österreich*.

385 Vgl. zum (schnellen) Wertewandel auch HOTZ, SJZ 2021, S. 22, 27 f.

dem 1. Januar 2018 in Kraft stehende Adoptionsrecht, weil es damit über die Stiefkindadoption auch in der Schweiz zu solchen Konstellationen kommen könne.³⁸⁶ Die *Ehe für alle* wurde damit zwar nicht direkt durch die EMRK-Rechtsprechung angestossen, die mit ihr verbundene gemeinschaftliche Adoption ist aber indirekt durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes mitverursacht. Die durch die EGMR-Urteile mitgetragene Stiefkindadoption bei gleichgeschlechtlichen Paaren war ein massgeblicher Grund, mit der *Ehe für alle* kein diesbezügliches Verbot der gemeinschaftlichen Adoption bei gleichgeschlechtlichen Ehepaaren einzuführen. Die Reflexwirkungen aus dem Adoptionsrecht und damit der EGMR-Rechtsprechung sind bis in die *Ehe für alle* zu spüren.

e. *Fazit*

Der bereits mehrfach gestellte Befund,³⁸⁷ das schweizerische Adoptionsrecht sei massgeblich durch die EGMR-Rechtsprechung beeinflusst worden, kann hier wiederholt werden. Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, sind die von der EGMR-Rechtsprechung ausgehenden Wirkungsmächte aber vielschichtig. Zu beobachten ist vorab, dass die Reichweite der Entscheidungen des Gerichtshofes meist penibel eingehalten wurden. Geändert wurde in der Regel nur das, was zur Vermeidung einer weiteren Verurteilung notwendig war. Weitergehende gestalterische Kraft für die Zukunft entnimmt der nationale Gesetzgeber den Entscheidungen nicht, obwohl durchaus entsprechende Erwägungen Orientierung und Richtungsweisung bieten würden. Begrenzend wirkt die eigene politische Bereitschaft, wobei deren Begründung dann aber ebenfalls auf die Rechtsprechung des EGMR zurückgreift. Entschuldigend wird angeführt, weitergehende legislatorische Lösungen seien aufgrund der Rechtsprechung nicht zwingend erforderlich. Diese defensive Haltung ist in gewisser Weise schon dadurch vorprogrammiert, dass der Blick auf die Vereinbarkeit mit der EMRK und nicht etwa auf zukünftige Entwicklungslinien der EGMR-Rechtsprechung ausgerichtet ist. Notgedrungen wirkt die Gesetzgebung damit rückwärtsgerichtet und nicht prospektiv. Gerade das Adoptionsrecht zeigt aber, dass dergestalt zwar gleichsam nur an die EGMR-Rechtsprechung aktualisierte «Reformgesetze» für spätere Revisionen schrittmachend bzw. (nachcoronaterminologisch) als Booster wirkend für nächste Reformprojekte sein können. So dürfte das revidierte Adoptionsrecht mit der Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare ganz entscheidend gewesen sein, dass über die *Ehe für alle* auch die gemeinschaftliche Adoption mitermöglicht wurde. Schlussvermerkt schafft die Schweiz damit einen weiteren Puzzlestein in einer gesamt europäischen Landschaft, die es dem EGMR in naher Zukunft ermöglichen könnte, auch in diesem Bereich einen weitverbreiteten Konsens auszumachen, und eine Ehe nur für heterosexuelle Paare als Konventionsverstoss zu qualifizieren.

386 Bericht *Ehe für alle*, BB1 2019 8595, 8609 f.

387 COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 75; HERTIG RANDALL, S. 135.

5. Reproduktionsmedizin³⁸⁸

a. Einleitende Bemerkungen

Unter fortpflanzungsmedizinischen Verfahren werden in der Schweiz sämtliche Methoden verstanden, die zu einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr führen (Art. 2 lit. a FMedG). Während Inseminationen bereits vor über 200 Jahren beschrieben³⁸⁹ und auch in der Schweiz schon seit längerer Zeit praktiziert wurden³⁹⁰, gilt als eigentliche «Geburtsstunde» reproduktionsmedizinischer Verfahren das Jahr 1978, als mit Louise Joy Brown das erste *in vitro* gezeugte Kind zur Welt gebracht wurde.³⁹¹ 1985 kam in Locarno das erste Kind der Schweiz zur Welt, welches mittels dieser Methode gezeugt wurde.³⁹² Die EMRK ist somit sowohl bezüglich ihres Abschlusses (1950) als auch ihrer Ratifikation durch die Schweiz (1974) älter als die besonders heikle ethische und moralische Fragen³⁹³ aufwerfenden fortpflanzungsmedizinischen Verfahren.³⁹⁴

Die EMRK garantiert in Art. 8 das Recht jeder Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, worunter – dank dynamischer Auslegung – auch das Recht auf Zeugung eines Kindes mittels fortpflanzungsmedizinischer Verfahren fällt.³⁹⁵ In diesem Zusammenhang wird weiter von «positiver reproduktiver Autonomie» gesprochen.³⁹⁶ Die Mitgliedstaaten sind befugt, gewisse fortpflanzungsmedizinische Methoden unter Beachtung der Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK³⁹⁷ zu verbieten.³⁹⁸ Der Spielraum, der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einzelner

388 Vgl. dazu ausführlich COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 87 ff.

389 LUDWIG/DIEDRICH, S. 13.

390 Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) vom 26. Juni 1996, BBl 1996 III 205, 208 (fortan: Botschaft Fortpflanzungsmedizin).

391 STEPTOE/EDWARDS, The Lancet 1978, S. 366; LUDWIG, Gynäkologe 2020, S. 206.

392 Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 209. Zum Ganzen auch BGE 115 Ia 234, 240 f. E. 3a sowie WILDHABER, S. 84 m.w.H.

393 Vgl. Urteil des EGMR vom 10. April 2007 (Nr. 6339/05) *Evans gegen Vereinigtes Königreich*, § 78.

394 Vgl. STEGMÜLLER, S. 133, 134.

395 Bericht zur Leihmutterchaft, Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates Nr. 12.3917 vom 28. September 2012, S. 20; EGMR vom 3. November 2011 (Nr. 57813/00) *S.H. et al. gegen Österreich*, § 82; DUDEN, S. 268 f. m.w.H.; EGMR vom 10. April 2007 (Nr. 6339/05) *Evans gegen Vereinigtes Königreich*, § 71 f.; EGMR vom 4. Dezember 2007 (Nr. 44362/04) *Dickson gegen Vereinigtes Königreich*, § 66.

396 Reformbedarf im Abstammungsrecht, Bericht der Expert:innengruppe vom 21. Juni 2021 (in Erfüllung des Postulats 18.3714 «Überprüfung des Abstammungsrechts»), abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/abstammungsrecht/ber-expertengruppe.pdf>> (zuletzt besucht am 16.3.2021), N 67 ff.

397 Dienen eines in Abs. 2 genannten Ziels, in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und gesetzlich vorgesehen, DUDEN, S. 269.

398 Bericht zur Leihmutterchaft, Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates Nr. 12.3917 vom 28. September 2012, S. 20; EGMR vom 3. November 2011 (Nr. 57813/00) *S.H. et al. gegen Österreich*, § 82; BRÖTEL, S. 81 ff.; DUDEN, S. 268 ff. m.w.H.

durch die Konvention garantierten Rechte bleibt, hängt von der Bedeutung der Frage für die betroffenen Rechtssuchenden, der Komplexität der aufgeworfenen moralischen und ethischen Fragen sowie des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins eines diesbezüglichen gesamteuropäischen Konsenses ab: Je grösser die individuelle Betroffenheit, desto kleiner der Spielraum; je komplexer die Fragen und je uneinheitlicher deren Beantwortung, desto grösser der Spielraum.³⁹⁹ Die Familiengründung mithilfe reproduktionsmedizinischer Verfahren erfüllt Elemente beider Seiten. Einerseits haben diese Fragen auf individueller Ebene besondere Bedeutung, andererseits stellen sie die Gesellschaft vor komplexe ethische und moralische Fragen, deren Beurteilung auch im Fluss zu sein scheint.⁴⁰⁰ Der EGMR spricht den Mitgliedstaaten daher insbesondere mit Blick auf den fehlenden gesamteuropäischen Konsens einen weiten Spielraum bei Einschränkungen fortpflanzungsmedizinischer Verfahren zu.⁴⁰¹

b. Entwicklung in der Schweiz

Natürgemäss wurden die erwähnten Verfahren vor ihrer Etablierung in der Schweiz noch nicht geregelt.⁴⁰² Aufgrund des entstehenden Regelungsvakuums erarbeitete zuerst die Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) diesbezügliche Richtlinien.⁴⁰³ Anschliessend wurden verschiedene Kantone gesetzgeberisch tätig. Die dabei getroffenen Lösungen unterschieden sich sowohl in formeller wie in materieller Hinsicht stark.⁴⁰⁴ Das Bundesgericht setzte sich früh mit verfassungs- bzw. grundrechtlichen Aspekten solcher kantonaler Regelungen auseinander.⁴⁰⁵ 1992 wurde durch Aufnahme eines entsprechenden Verfassungsartikels eine nachträglich derogierende Bundeskompetenz geschaffen sowie gewisse Regulierungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin vorgenommen.⁴⁰⁶

1994 wurde die Volksinitiative «zum Schutze des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» eingereicht.⁴⁰⁷ Die Initiative verlangte weitgehende Verbote im Bereich der reproduktionsmedizinischen Verfahren.⁴⁰⁸ Als indirekten Gegenvorschlag stellte der Bundesrat der Initiative das (liberalere) Fortpflan-

399 Beispielhaft: EGMR vom 10. April 2007 (Nr. 6339/05) *Evans gegen Vereinigtes Königreich*, § 77 mit zahlreichen Hinweisen.

400 DUDEN, S. 270.

401 EGMR vom 10. April 2007 (Nr. 6339/05) *Evans gegen Vereinigtes Königreich*, § 77 m.w.H.

402 Vgl. BGE 115 Ia 234, 245 E. 4.

403 BGE 115 Ia 234, 242 f. E. 3b; Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 209 f.

404 BGE 115 Ia 234, 242 f. E. 3b; Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 210 ff.

405 BGE 115 Ia 234, 119 Ia 460.

406 BGE 119 Ia 460, 476 E. 5b; Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 210, 213 ff.; vgl. auch SHK-RÜTSCHÉ/ZEGG, Quellen und Entwicklungsgeschichte FMdG N 52 ff.

407 BBl 1994 V 896.

408 Eidgenössische Volksinitiative «zum Schutze des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung [FMF])», abrufbar unter

zungsmedizingesetz gegenüber.⁴⁰⁹ 1996 legte der Bundesrat seine Botschaft sowohl bezüglich der Initiative als auch des FMedG vor. Er hielt fest, absolute Verbote fortpflanzungsmedizinischer Verfahren, wie sie von der Initiative gefordert wurden, seien nicht mit der EMRK vereinbar. Der Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Methoden sei von Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützt und Einschränkungen müssten den Anforderungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK standhalten. Dies sei bei absoluten und generellen Verboten bestimmter Methoden eher nicht anzunehmen. Zudem müsste der Schutz des Kindes ebenfalls eine Rolle spielen, moralische Gründe allein würden kaum ausreichen.⁴¹⁰

Der Vorschlag für das FMedG verbot Ei- und Embryonenspende sowie Leihmutterchaft (Art. 4 FMedG), zulässig sollte aber die In-Vitro-Fertilisation sein (Art. 5 FMedG). In der Botschaft wurde die Kompatibilität der letztgenannten Methode mit dem Recht auf Leben (Art. 2 EMRK) geprüft.⁴¹¹ Zu diesem Zeitpunkt hatte sich der EGMR noch nicht mit der Frage befasst, wann menschliches Leben beginnt.⁴¹² Der Bundesrat erwog, es handle sich bei den *in vitro* geschaffenen Embryonen noch nicht um Leben im rechtlichen Sinne (dieses beginne erst mit der Nidation); er legte die eigene, schweizerische Definition des Lebensanfangs zu Grunde.⁴¹³ Dass diese länderspezifische Betrachtungsweise vor der EMRK standhält, bestätigte der EGMR später in *VO gegen Frankreich*, als er festhielt, es bestehe kein europäischer Konsens bezüglich der wissenschaftlichen und rechtlichen Definition des Lebensanfangs.⁴¹⁴

Volk und Stände verwarfen die Initiative,⁴¹⁵ die Referendumsfrist für das FMedG hingegen lief unbenutzt ab, womit das Gesetz 2001 in Kraft treten konnte.⁴¹⁶ Vom Inkrafttreten des FMedG bis 2017 war die Präimplantationsdiagnostik verboten (Art. 5 Abs. 3 aFMedG).⁴¹⁷ Seither ist dieses Verfahren zur Untersuchung von Keimzellen und Embryonen *in vitro* ebenfalls unter gewissen Voraussetzungen zulässig (Art. 5a FMedG). Auch wenn nicht direkt die EGMR-Praxis Stein des Anstosses für diese jüngere Gesetzesänderung war,⁴¹⁸

<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis241t.html> (zuletzt besucht am 11. März 2022); vgl. auch SHK-RÜTSCHÉ/ZEGG, Quellen und Entwicklungsgeschichte FMedG N 65.

409 Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 205 f., 236.

410 Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 225 f. m.w.H., 234.

411 Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 223 f. Primär bezog sich die Botschaft hierbei auf das sich damals noch als ungeschriebenes Grundrecht aus der BV ergebende Recht, sie hatte aber auch Art. 2 EMRK im Blick.

412 Vgl. European Court of Human Rights, Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights, Right to life, Version vom 31. Dezember 2021, S. 17 f.

413 Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 223 f.

414 EGMR vom 8. Juli 2004 (Nr. 53924/00) *VO gegen Frankreich*, § 82, 84.

415 BBl 2000 2990.

416 AS 2000 3067.

417 Weswegen aufgrund des schweizerischen Rechtsrahmens hierzulande auch davor kaum eine PID möglich war s. WEYHAUSEN, Jusletter 28. August 2017, Rz. 7 f.

418 Sondern im Wesentlichen die Motion Nr. 04.3439 (Zulassung der Präimplantationsdiagnostik) der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats, welche bereits am

ist dennoch festzuhalten, dass die Schweiz bei Beibehalten des PID-Verbots insbesondere für erblich vorbelastete Paare eine Verurteilung durch den EGMR in Kauf hätte nehmen müssen. Zumindest hat der Gerichtshof in *Costa u. Pavan gegen Italien*⁴¹⁹ konstatiert, eine gesetzliche Regelung, welche bei Vorhandensein einer Genmutation für Zystische Fibrose bei beiden Elternteilen eine Pränataldiagnostik mit anschliessender Abtreibung zulasse, eine PID jedoch nicht, sei inkohärent und verletze Art. 8 EMRK.⁴²⁰

c. *Zukünftige Entwicklung*

Auch heute noch stellen reproduktionsmedizinische Verfahren das Zivilrecht vor vielfältige Herausforderungen, unter anderem vor dem Hintergrund menschenrechtlicher Garantien. So führt etwa das Verbot der Leihmutterchaft in der Schweiz (Art. 4 FMedG) dazu, dass Wunscheltern diese Verfahren in Ländern durchführen, welche diesbezüglich liberalere Regeln kennen.⁴²¹ Die Wunscheltern können in der Schweiz nach Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht als Eltern eingetragen werden, da es sich (i.d.R.) gemäss der Diktion der bundesgerichtlichen Rechtsprechung um eine rechtlich relevante Rechtsumgehung handle und gegen den *Ordre public* verstosse.⁴²² Eine solche vom Bundesgericht abgelehnte Verpflichtung zur Anerkennung eines Kindesverhältnisses zu den Wunscheltern besteht auch nicht nach der EMRK.⁴²³ Hingegen drängt Art. 8 EMRK diese Ordre-public-Widrigkeit insofern zurück, als der Elternteil, zu dem ein genetischer Bezug besteht, einen Anspruch auf Eintragung des Kindesverhältnisses hat.⁴²⁴ Dies entschied das Bundesgericht unter Bezugnahme auf *Menesson gegen Frankreich*⁴²⁵ sowie *Labassée gegen Frankreich*⁴²⁶ – in allen Fällen war der genetisch verwandte Elternteil der Vater, sprich dieser war als Samenspender in den Prozess involviert.⁴²⁷ Ob der EGMR und das Bundesgericht gleich entscheiden würden, wenn auch oder nur die resp. eine (Wunsch-)Mutter genetisch mit dem Kind verwandt wäre, i.e. Eizellen-

2.9.2004 eingereicht wurde; Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 5853, 5860, siehe auch die Hinweise in der Botschaft, dass die Vorlage den Anforderungen der EMRK «genüge» (5913).

419 EGMR vom 28. August 2012 (Nr. 54270/10) *Costa u. Pavan gegen Italien*.

420 EGMR vom 28. August 2012 (Nr. 54270/10) *Costa u. Pavan gegen Italien*, § 71; Botschaft zur Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV) sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes (Präimplantationsdiagnostik) vom 7. Juni 2013, BBl 2013 5853, 5913, insb. Fn. 115 (fortan Botschaft PID).

421 BÜCHLER/MARANTA, FamPra.ch 2015, S. 354, 355; zum Begriff der Leihmutterchaft s. Art. 2 lit. k FMedG.

422 BGE 141 III 312, 322 E. 5.3.2; 323 E. 5.3.4; BGE 141 III 328, 343 f. E. 6.4 f.

423 BÜCHLER/MARANTA, FamPra.ch 2015, S. 354, 367.

424 BGE 141 III 312, 324 f. E. 6.1 f.

425 EGMR vom 26. Juni 2014 (Nr. 65192/11) *Menesson gegen Frankreich*.

426 EGMR vom 26. Juni 2014 (Nr. 65941/11) *Labassée gegen Frankreich*.

427 BGE 141 III 312, 324 f. E. 6.1 f.; EGMR vom 26. Juni 2014 (Nr. 65192/11) *Menesson gegen Frankreich*; EGMR vom 26. Juni 2014 (Nr. 65941/11) *Labassée gegen Frankreich*.

sponderin wäre, scheint fraglich. Jedenfalls müsste sich das Bundesgericht die Frage der Ordre-public-Widrigkeit erneut in Bezug auf das Verbot der Eizellenspende stellen (Art. 4 FMedG). Nicht genetisch verwandte Elternteile sowie allenfalls die Eizellenspenderin bleiben auf den Weg der Adoption verwiesen.⁴²⁸

In Zukunft könnte in der Schweiz die Eizellenspende legalisiert werden. Bereits seit beinahe zehn Jahren wird von offizieller Seite angeregt, das Verbot zu überdenken bzw. die Eizellenspende zuzulassen.⁴²⁹ Eine entsprechende parlamentarische Initiative aus dem Jahr 2021 ist derzeit in Beratung⁴³⁰. Eine Verletzung der EMRK wäre in einer Legalisierung mit Blick auf den weiten Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Regelung fortpflanzungsmedizinischer Verfahren nicht zu sehen. Der EGMR sieht (bzw. sah 2011)⁴³¹ denn gerade in Bezug auf die Eizellenspende keinen gesamteuropäischen Konsens gegeben.⁴³²

d. Fazit

Die obigen Ausführungen belegen, dass die EMRK bzw. die Rechtsprechung des EGMR für die legislative Entwicklung der Reproduktionsmedizin in der Schweiz keine entscheidende Rolle gespielt hat, obschon bedeutende Entscheide des EGMR solche Fragen verhandelten und sich die Lehre ausführlich damit auseinandersetzte. Als These sei in den Raum gestellt, dass der Entscheid des EGMR im Jahr 2011 in Sachen *S.H. et al. gegen Österreich*, gerade weil er das Verbot der Eizellenspende schützte, dennoch einen gewissen Impulscharakter gehabt haben könnte, indem er im rechtswissenschaftlichen und politischen Diskurs das Thema auf den Tisch gebracht hat und die Diskussion ankurbelte. Auch wenn das Verbot der Eizellenspende bereits vorher vereinzelt in Frage gestellt wurde,⁴³³ so ist doch eine deutliche Intensivierung ab dem Jahr 2012 zu erkennen⁴³⁴ und ausserdem geht der erste diesbezügliche parlamentarische Vor-

428 BGE 141 III 328, 344 ff. E. 6.6 f.

429 Vgl. Stellungnahme Nr. 22/2013 der NEK vom November 2013 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, S. 44 ff., wonach eine Mehrheit der NEK der Ansicht sei, dass das Verbot der Eizellenspende in Anbetracht der Zulässigkeit der Spermispende diskriminierend ist und sich auf eine äusserst fragwürdige naturalistische Rechtfertigung stütze (S. 57, deutlich Empfehlung Nr. 6, Zulassung der Eizellenspende); Bericht des Bundesrates vom März 2015 zum Postulat Fehr (12.3607), Modernisierung des Familienrechts, S. 43; vgl. auch bereits die Parlamentarische Initiative NEIRYNCK vom 4. Dezember 2012 «Die Eizellenspende zulassen» (Nr. 12.487).

430 Parlamentarische Initiative CHRIST Nr. 21.421 (Eizellenspende endlich auch in der Schweiz legalisieren!) vom 17. März 2021.

431 Vgl. COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 89 f., wonach im EGMR-Urteil *S.H. et al. gegen Österreich* von einem sich *erst bildenden* Konsens ausgegangen werde, was eine spätere gegenteilige Neubeurteilung nicht ausschliesse.

432 EGMR vom 3. November 2011 (Nr. 57813/00) *S.H. et al. gegen Österreich*, § 106, Rechtsvergleich in § 38 f.

433 Vgl. BÜCHLER, FamPra.ch 2005, S. 437, 441, mit dem Hinweis, dass es auch gewisse europäische Länder gäbe, welche die Eizellenspende zuliesse.

434 Vgl. bspw. STEINER/ROGGO, AJP 2012, S. 474, 479 ff., wonach das Verbot der Eizellenspende eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots darstelle; HOTZ, recht 2014, S. 27, 32 ff.; Par-

stoss auf diese Zeit zurück. Gerade die untypische stimulierende Wirkung einer Beschwerdeabweisung des EGMR auf den nationalen Gesetzgeber ist Beleg dafür, die Auswirkungen der EMRK auf das schweizerische Recht als vielschichtig zu verstehen.

6. *Erwachsenenschutzrecht/Vormundschaftsrecht*⁴³⁵

Bereits im Dezember 1962 wurde im Bericht *Wahlen* festgehalten, dass hinsichtlich vormundschaftsrechtlicher Belange die Schweiz der EMRK nur mit einem Vorbehalt zu Art. 5 EMRK beitreten könne.⁴³⁶ Art. 5 Ziff. 1 EMRK enthält den Grundsatz des *habeas corpus*, wonach die Freiheit eines Menschen nur in gesetzlich vorgesehenen Fällen und unter Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren entzogen werden darf.⁴³⁷ Die schweizerische Rechtsordnung kannte damals jedoch in Art. 406 aZGB⁴³⁸ und verschiedenen kantonalen öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Rahmen der «administrativen Versorgung» verwaltungsinterne Freiheitsentziehungen,⁴³⁹ gegen welche kein ordentliches Rechtsmittel vorgesehen war.⁴⁴⁰ Die «administrative Versorgung» ermöglichte eine zwangsweise Unterbringung von Personen durch Verwaltungsbehörden, insbesondere Vormundschaftsbehörden, wobei diesen aufgrund der geringen Normendichte ein grosser Handlungsspielraum zukam.⁴⁴¹ Die administrative Versorgung diente in vielen Kantonen armenpolizeilichen Massnahmen und der Entlastung der öffentlichen Armenpflege.⁴⁴² Aber auch andere Menschen am Rande der Gesellschaft, deren Lebensentwürfe dem damaligen Moral- und Normalitätsverständnis der breiten Bevölkerung nicht entsprachen, waren von der «administrativen Versorgung» betroffen.⁴⁴³ Die damaligen Ge-

lamentarische Initiative NEIRYNCK vom 4. Dezember 2012 «Die Eizellenspende zulassen» (Nr. 12.487).

435 Die Geschichte der Beeinflussung des schweizerischen Vormundschafts- bzw. Erwachsenenschutzrechts durch die EMRK und weitere internationale Rechtsgrundlagen ist bereits mehrfach ausgeleuchtet worden, Literatur und Rechtsprechung sind kaum mehr überblickbar, weshalb es hier bei kursorischen Ausführungen sein Bewenden haben muss.

436 Bericht EMRK, BBl 1968 II 1057, 1088.

437 KIENER, S. 67.

438 Art. 406 aZGB [Fassung 1907], der vorsah, dass sich «*die Fürsorge [des Vormundes] auf den Schutz und Beistand in allen persönlichen Angelegenheiten, sowie nötigenfalls auf die Unterbringung in einer Anstalt*» (Herv.d.Verf.) bezog.

439 Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 6. September 2013 über die Parlamentarische Initiative Rehabilitation administrativ versorgter Menschen, BBl 2013 8639, 8642; siehe auch ZK-SPIRIG [1995], Vorbem. zu Art. 397 a-f aZGB N 1.

440 RIEMER [1997], § 8 N 4, oft gab es in den Kantonen reine behördeninstanzliche Rechtswege und an das Bundesgericht stand nur die staatsrechtliche Beschwerde offen (BGE 100 Ib 113, wonach weder Verwaltungsgerichtsbeschwerde noch Berufung zulässig waren), mit welcher nur eine beschränkte Überprüfungsbefugnis verbunden war.

441 ARMENTI, AJP 2015, S. 1659, 1660.

442 ZBINDEN, SJZ 1942, S. 339, 339.

443 ARMENTI, AJP 2015, S. 1659, 1661.

setze sprachen von «Arbeitsscheuen», «Liederlichen», «Armengössigen» und «Personen mit einem lasterhaften Lebenswandel».⁴⁴⁴ Dabei wurde das Revisionsbedürfnis des administrativen Zwangsversorgungsrechts sowohl in materieller als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht bereits im zweiten Weltkrieg von vielen Seiten erkannt.⁴⁴⁵ Kritisiert wurden insbesondere der unzureichende Rechtsschutz und die offen formulierten materiellen Voraussetzungen für eine Einweisung.⁴⁴⁶ Bereits in den 70er-Jahren erfolgte in der Lehre eine Auseinandersetzung, ob die materiellrechtlichen Bestimmungen des Vormundschaftsrechts mit den Menschenrechten bzw. der EMRK vereinbar waren.⁴⁴⁷ Dabei hielt SCHNYDER fest, bei sorgfältiger Auslegung der Bestimmungen könne die Konvention eingehalten werden,⁴⁴⁸ bei den Anstaltsversorgungen bilanzierte er, nur eine Minderheit dieser Anordnungen seien konventionswidrig.⁴⁴⁹ Die «administrative Versorgung» wurde auch nach dem Beitritt zur EMRK beibehalten, weshalb der Bundesrat bei der Ratifikation der Konvention einen Vorbehalt zu Art. 5 EMRK anbrachte.⁴⁵⁰ Eine Revision der «administrativen Versorgung» war damals bereits geplant⁴⁵¹ und trat am 1. Januar 1981 mit den Art. 397a ff. ZGB zur fürsorgerischen Freiheitsentziehung (FFE) in Kraft.⁴⁵² Aufgrund der EMRK-Widrigkeit vertrat die Angelegenheit keinen Aufschub bis zur Totalrevision des Vormundschaftsrechts.⁴⁵³ Die neuen Normen zur FFE regelten die Einweisung in eine Anstalt aus fürsorgerischen Gründen von Mündigen in den Art. 397a–f aZGB, von Unmündigen in den Art. 314a und 405a aZGB und Entmündigten in Art. 406 aZGB. In der Botschaft beantragte der Bundesrat auch den Rückzug des Vorbehalts zu Art. 5 EMRK.⁴⁵⁴ Die neuen Bestimmungen des ZGB über die FFE regelten die Freiheitsentziehung aus fürsorgerischen Gründen abschliessend, sodass den Kantonen keine Kompetenz mehr zukam, weitere Rechtsgrundlagen zu schaffen.⁴⁵⁵ Die Auslegung der neuen Bestim-

444 HERTIG RANDALL, S. 122.

445 ZBINDEN, SJZ 1942, S. 339, 339.

446 BBl 2013 8639, 8642 f.

447 Im Nachgang zu einer Tagung der Vormundschaftsbehörden erschienen mehrere ZVW-Artikel zum Thema «Vormundschaft und Menschenrechte», bspw. SCHNYDER, ZVW 1972, S. 41 ff. sowie FISCHLI, ZVW 1971, S. 126 ff.

448 SCHNYDER, ZVW 1972, S. 41, 55.

449 SCHNYDER, ZVW 1972, S. 41, 44 f.

450 BBl 1974 I 1035, 1044 («Die Anwendung der Bestimmungen des Artikels 5 der Konvention erfolgt unter Vorbehalt einerseits der kantonalen Gesetze, welche die Versorgung gewisser Kategorien von Personen durch Entscheid einer Verwaltungsbehörde gestatten, und andererseits unter Vorbehalt des kantonalen Verfahrensrechts über die Unterbringung von Kindern und Mündeln in einer Anstalt nach den Bestimmungen des Bundesrechts über die elterliche Gewalt und die Vormundschaft [Art. 284, 386, 406 und 421 Ziff. 13 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches]); ZK-SPIRIG [1995], Vorbem. zu Art. 397 a–f aZGB N 6.

451 BBl 1974 I 1035, 1045.

452 AS 1980 31.

453 RIEMER [1997], § 8 N 2.

454 Botschaft FFE, BBl 1977 III 1, 1.

455 ZK-SPIRIG [1995], Art. 397a aZGB N 3 f.; Botschaft FFE, BBl 1977 III 1, 17, 26.

mungen richtete sich massgeblich nach der EMRK, da diese den Ausgangspunkt der Normen darstellte.⁴⁵⁶ Die Regelung über die FFE erfüllte die damaligen Anforderungen der EMRK und fasste die materiellen Voraussetzungen für einen Freiheitsentzug sogar enger. Gemäss Art. 397a Abs. 1 ZGB durfte eine mündige oder entmündigte Person nur wegen Geisteskrankheit, Geisteschwäche, Trunksucht, anderen Suchterkrankungen oder schwerer Verwahrlosung untergebracht oder zurückbehalten werden.⁴⁵⁷ Für Anstaltseinweisungen von Unmündigen genügte die Einweisung «zum Zwecke überwachter Erziehung» (Art. 314a bzw. Art. 405a ZGB) den Anforderungen von Art. 5 Ziff. 1 lit. d EMRK.⁴⁵⁸ Auch die verfahrensrechtlichen Garantien von Art. 5 Ziff. 2 und 4 EMRK wurden in der Revision berücksichtigt, wobei die Lehre davon ausging, dass das ZGB oft über diese Garantien hinausgehe und einen besseren Schutz biete.⁴⁵⁹ Kritisiert wurden die neuen Regelungen zur Fürsorgerrischen Freiheitsentziehung dennoch. Einerseits, weil der Rechtsschutz der Betroffenen nach wie vor lückenhaft war. So lag die Verantwortung und Kompetenz zur Einweisung in den kantonalen Verfahren bei den Ärztinnen und Ärzten, wobei diese den Rechtsschutzinteressen der Betroffenen oftmals zu wenig Beachtung schenkten.⁴⁶⁰ Ausserdem wurde kritisiert, dass der damalige Art. 397f Abs. 1 ZGB zwar ein einfaches und rasches Verfahren zur Anhörung durch den Richter bzw. die Richterin vorsah, das Gesetz jedoch keine konkreten Fristen enthielt und sich diese in der Praxis daher oftmals in die Länge zogen, ohne dass dem Begehren um gerichtliche Beurteilung eine aufschiebende Wirkung zukam.⁴⁶¹ Bemängelt wurde überdies, dass die Fürsorgemassnahmen in der Praxis eher eine polizeiliche Ausrichtung hatten, statt sich am therapeutischen Zweck zu orientieren.⁴⁶² Weiter wurde kritisiert, dass zwar die Voraussetzungen für eine FFE im ZGB geregelt waren, nicht jedoch die darauffolgende Unterbringung oder die medizinische Behandlung im Rahmen der Zwangshospitalisation.⁴⁶³

Nach der Inkraftsetzung der neuen Bestimmungen zur Fürsorgerrischen Freiheitsentziehung setzte auch eine intensive Diskussion bezüglich der Revision des restlichen Vormundschaftsrechts ein. Dabei wurde Ende der 1980- und anfangs der 1990-Jahre die Revision des Vormundschaftsrechts intensiv auch im

456 Das betrifft namentlich die Frage, was unter «Richter» zu verstehen war, BSK ZGB I-Geiser [2010], Art. 397d N 10.

457 SPIRIG, SJZ 1994, S. 321, 322.

458 HÄNNI, S. 385.

459 HÄNNI, S. 389.

460 ARMENTI, AJP 2015, S. 1659, 1662.

461 ARMENTI, AJP 2015, S. 1659, 1662.

462 FamKomm Erwachsenenschutz-GUILLOD, Art. 426 ZGB, N 8–9, so ergab sich bspw. im Kontext der Räumung der Drogenszene «Letten» in den 1990er-Jahren eine Gratwanderung zwischen Einweisungen von Drogenabhängigen aufgrund von Fürsorgebedürftigkeit und Einweisungen zum Abschreckungseffekt, s. HÄNNI, S. 386; auch HEGNAUER, ZVW 1993.

463 ARMENTI, AJP 2015, S. 1659, 1662.

Lichte der Menschenrechte thematisiert.⁴⁶⁴ Im engeren Fokus der Kritik standen beispielsweise Bestimmungen, wonach das Mündel für den Wohnsitzwechsel die Zustimmung des Vormundes einholen musste, die Publikation der Entmündigung oder das Zustimmungserfordernis beim Eheschluss. Von den Vorbereitungsarbeiten durch Expertengremien ab dem Jahr 1993 bis zur Botschaft im Jahre 2006 kristallisierte sich als zentraler Leitgedanke der Revision die Förderung des Selbstbestimmungsrechts heraus,⁴⁶⁵ welches sich auch aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK ableiten lässt. Daneben verwies der Bundesrat verschiedentlich darauf, das neue Erwachsenenschutzrecht sei auch auf die Vorgaben der EMRK abgestimmt worden.⁴⁶⁶ Nach einer langen Übergangsfrist zur Umsetzung in den Kantonen trat das revidierte Erwachsenenschutzrecht am 1. Januar 2013 in Kraft.⁴⁶⁷

Der Einfluss der EMRK beschränkte sich im Vormundschaftsrecht jedoch nicht nur auf die materielle Gesetzgebung, sondern umfasste wiederholt auch auf verfahrensrechtliche Aspekte. In einem Urteil von 1992 hielt das Bundesgericht fest, dass aufgrund von Art. 6 EMRK zivilrechtliche Streitigkeiten sowohl bezüglich Sachverhalt als auch bezüglich Rechtsfragen durch ein kantonales Gericht überprüfbar sein müssen.⁴⁶⁸ Das Bundesgericht entschied damit, dass auch Fragen des Vormundschaftsrechts und des zivilrechtlichen Kindesschutzes der Überprüfung durch ein Gericht im Sinne der EMRK zugänglich sein müssen.⁴⁶⁹ Dies führte zu Anpassungen des Organisations- und Verfahrensrecht in einem Grossteil der Kantone, welche neu im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK mindestens eine unabhängige und unparteiische Instanz vorsehen mussten.⁴⁷⁰ Im Jahr 2001 verurteilte ausserdem der EGMR die Schweiz im Fall *D.N. gegen die Schweiz* wegen einer Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK, weil im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen eine fürsorgliche Freiheitsentziehung der psychiatrische Sachverständige gleichzeitig als Fachrichter Mitglied des entscheidenden Gerichts war.⁴⁷¹ Der EGMR stellte im konkreten Fall die Unparteilichkeit der Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen in Frage.⁴⁷² Die Revision des ZGB berücksichtigte das Urteil des EGMR, indem zukünftig statt dem blossen «Beizug von Sachverständigen»⁴⁷³ ein «Gutachten»⁴⁷⁴ verlangt wurde. Diese Formulierung verdeutlichte, dass die sachverständigende Person nicht Mitglied der gerichtlichen

464 Vgl. dazu insb. SALADIN, ZVW 1989, S. 1 ff., sowie KOLLER, ZVW 1992, S. 83, 87 ff.

465 BBl 2006 7001, 7002.

466 Botschaft Erwachsenenschutzrecht, BBl 2006, 7001, 7122.

467 AS 2011 725.

468 BGE 118 Ia 473 ff.

469 HÄFELI, FamPra.ch 2004, S. 919, 926.

470 HEGNAUER, FamPra.ch 2000, S. 1, 19.

471 EGMR vom 29. März 2001 (Nr. 27154/95) *D.N. gegen die Schweiz*.

472 EGMR vom 29. März 2001 (Nr. 27154/95) *D.N. gegen die Schweiz*, § 56.

473 Art. 397e Ziff. 5 aZGB.

474 Art. 450e Abs. 3 ZGB.

Beschwerdeinstanz sein kann.⁴⁷⁵ Aber auch nach Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts war die Vereinbarkeit der ZGB-Bestimmungen mit der EMRK immer wieder Thema von bundesgerichtlichen Entscheiden bzw. auch des EGMR. Stellvertretend seien hier BGE 143 III 193 und BGE 142 III 732 erwähnt, in welchen sich das Bundesgericht mit der Frage auseinandersetze, ob je nach kantonaler Ausgestaltung die jeweiligen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden die Voraussetzungen eines Gerichts im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erfüllen würden. Und jüngst hat der EGMR in seinem Entscheid *Roth gegen die Schweiz*⁴⁷⁶ den im Ergebnis kaum gerichtlich überprüfaren Entzug der aufschiebenden Wirkung bei einem Entscheid der KESB über den Wohnsitzwechsel des Kindes verurteilt.

Vorstehende, lediglich übersichtsartigen Ausführungen zeigen einen auch in der erwachsenenschutzrechtlichen Lehre⁴⁷⁷ unbestrittenen Befund auf, wonach das schweizerische Vormundschafts- und Erwachsenenschutzrecht ganz massgeblich von der EMRK und ihren Garantien beeinflusst wurde. Dies betrifft insbesondere die nach dem Beitritt zur EMRK neu erlassenen Bestimmungen zur damaligen FFE, gilt aber auch in vermindertem Masse für die umfassende Revision des Erwachsenenschutzrechts. Weitere Beeinflussungen stehen an, wenn es um die Organisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden geht. Angesichts dieser Vorgeschichte ist es bemerkenswert, dass in der Geschäftsdatenbank Curia Vista kein einziges Geschäft auffindbar ist, bei dem die beiden Begriffe KESB und EMRK gemeinsam vorkommen. Schliesslich bleibt anzumerken, dass im Bereich des Erwachsenenschutzrechts die Behindertenrechtskonvention weitaus wirkungsmächtiger für die zukünftige Ausgestaltung des Erwachsenenschutzrechts sein dürfte als die EMRK.⁴⁷⁸

475 BBI 2006 7001, 7088.

476 EGMR vom 8. Februar 2022 (Nr. 69444/17) *Roth gegen die Schweiz*, der Fall wurde vorinstanzlich beim Bundesgericht mit BGE 143 III 193 entschieden.

477 Vgl. statt vieler HÄFELI, Rz. 2, 665.

478 Vgl. statt vieler BSK ZGB I-REUSSER, Vor Art. 360–456 N 6b m.w.H.; vgl. die Aufsätze bei ROSCH/MARANTA VON LIPP (S. 1 ff.), ROSCH (S. 67 ff.) oder BOENTE (S. 109 ff.). Vgl. auch jüngst die Schlussbemerkungen des UN-Behindertenrechtsausschusses vom 7. April 2022, insb. Ziff. 26, wonach empfohlen wird, im Erwachsenenschutzrecht ein System der unterstützenden statt stellvertretenden Entscheidungsfindung zu implementieren.

IV. Erbrecht

In der erbrechtlichen Lehre in der Schweiz wird der allgemeine Einfluss der EMRK bzw. von Grundrechten kaum oder gar nicht thematisiert.⁴⁷⁹ Erbrechtsrevisionen sind oft «Reflexrevisionen» der familienrechtlichen Umwälzungen der letzten vier Jahrzehnte,⁴⁸⁰ was namentlich für die Gleichstellung von Kindern im familienrechtlichen und dann – folgerichtig – auch im erbrechtlichen Gefüge gilt. Die Botschaft zur ersten, nicht durch Änderungen des Familienrechts angestossenen, materiellen Erbrechtsrevision, welche am 1. Januar 2023 in Kraft treten wird, bezieht sich bezeichnenderweise an keiner Stelle auf die EMRK oder auf die Rechtsprechung des EGMR.⁴⁸¹ Dies erstaunt insofern, als in Deutschland sowohl Lehre als auch Rechtsprechung die Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts⁴⁸² im Kontext verfassungsrechtlicher Grundrechte (zwar durchaus mit anderer Ausgangslage⁴⁸³) breit diskutieren.⁴⁸⁴ Auch die sich derzeit in Gang befindliche Erbrechtsrevision zum Unternehmenserbrecht verzichtet gänzlich auf Bezüge zur EMRK oder der EGMR-Rechtsprechung,⁴⁸⁵ obwohl verfassungsrechtliche Überlegungen in Bezug auf die Gleichbehandlung von verschiedenen Kategorien von Erben bedenkenswert wären.⁴⁸⁶

Ausserordentlich grossen Einfluss hatte hingegen die Rechtsprechung des EGMR bezüglich der Vererbbarkeit von Strafsteuern (sog. Erbenbussen).⁴⁸⁷ Die beiden Urteile *E.L., R.L. und J.O.-L. gegen die Schweiz*⁴⁸⁸ und *A.P., M.P. und T.P. gegen die Schweiz*⁴⁸⁹ aus dem Jahr 1997 lösten die Standesinitiative

479 Vgl. zur Frage, inwiefern die Eigentumsgarantie bzw. der Schutz der Familie das Erbrecht (nicht) zu konturieren vermag, vgl. für die schweizerische Lehre FANKHAUSER, Rz. 15 ff., 27 ff. m.w.H. Dieser Befund bezieht sich nicht auf die Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 EMRK.

480 BREITSCHMID, *RabelsZ* 2008, S. 686, 711; PINTENS, *ZEuP* 2001, S. 629, 629.

481 Botschaft vom 29. August 2018 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht), *BBl* 2018 5813; der gleiche Befund gilt für die eingegangenen Vernehmlassungen.

482 Immerhin werden mit der jüngsten schweizerischen Erbrechtsrevision die Pflichtteile der Kinder reduziert und jene der Eltern abgeschafft.

483 Das deutsche GG kennt mit Art. 14 Abs. 1 GG eine explizite Garantie des Erbrechts.

484 Vgl. die Hinweise bei RÖTHEL, § 3 Rz. 3, § 39 Rz. 1 ff.; DUTTA, S. 466 ff.; zu den Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung auf das deutsche Erbrecht vgl. KREGEL-OLFF, S. 99 ff.

485 Vgl. Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Unternehmensnachfolge) vom 10. April 2019, insb. S. 35, wonach der Entwurf in Übereinstimmung mit völkerrechtlichen Verträgen ist, sowie den Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 5. Juni 2020, beides abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>> (zuletzt besucht am 12. 4. 2022).

486 Dieser Gedanke kann hier nicht weiter verfolgt werden, doch zeigt ein Blick nach Deutschland, dass dort erbschaftssteuerrechtliche Privilegierungen von Betriebsvermögen als nicht in jeder Hinsicht mit der Verfassung vereinbar beurteilt wurden, *BVerfG* 138, 136.

487 Nach den beiden Urteilen des EGMR konnte auch nicht mehr argumentiert werden, die Strafsteuerhaftung ergebe sich aus dem in Art. 560 ZGB verankerten Grundsatz der Universalsukzession, vgl. KÜCHLER, *StR* 1998, S. 283, 284.

488 EGMR vom 29. August 1997 (Nr. 20919/92) *E.L., R.L. und J.O.-L. gegen die Schweiz*.

489 EGMR vom 29. August 1997 (Nr. 19958/92) *A.P., M.P. und T.P. gegen die Schweiz*.

des Kantons Jura aus,⁴⁹⁰ die 2005 zur Streichung von Art. 179 DBG führte.⁴⁹¹ Obschon die Zulässigkeit der betreffenden Bestimmung schon vorher in der Lehre und kantonalen Rechtsprechung in Zweifel gezogen wurde,⁴⁹² so ist doch selten eine derart klare und geradlinige Kausalitätskette zwischen EGMR-Urteil und Gesetzesänderung zu sehen, was die Erwähnung rechtfertigt, auch wenn nicht das klassische Zivil- bzw. Erbrecht betroffen ist.

Zu ergänzen ist, dass der EGMR bereits relativ früh erbrechtliche Ansprüche (meist im Kontext von familienrechtlichen Statusfragen) beurteilte⁴⁹³ und in jüngerer Zeit im Erbrecht insbesondere Stichtagsbestimmungen der Übergangsregelungen solcher Revisionen zur Gleichstellung von Kindern vermehrt in den Fokus der Rechtsprechung des EGMR geraten sind.⁴⁹⁴ Das betrifft in der Schweiz v.a. die Übergangsregelungen bei der Beseitigung der Zahlvaterschaften.⁴⁹⁵ Ein kürzlich ergangener Entscheid des EGMR zur Frage der Fristwiederherstellung nach Art. 263 Abs. 3 ZGB schenkte der Problematik von Art. 13a SchlT ZGB allerdings keine Beachtung.⁴⁹⁶

V. Sachenrecht

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern im Bereich des Sachenrechts die EGMR-Rechtsprechung in der Schweiz auf der legislatorischen Ebene Auswirkungen gehabt hätte. Soweit ersichtlich existieren weder in der sachenrechtlichen Rechtsprechung noch in der Lehre Bezüge zur EMRK.

490 Vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 26. Januar 2004 zur Initiative des Kantons Jura Steuerrechtliche Abschaffung der «Erbenbussen», BBl 2004 1437, 1442.

491 AS 2005 1051, Inkrafttreten am 1. März 2005.

492 vgl. die Hinweise bei KÜCHLER, StR 1998, S. 283, 284.

493 Was in der Schweiz vereinzelt auch als von erbrechtlichem Interesse wahrgenommen wurde, vgl. LEVINET, S. 66 ff.

494 Vgl. insb. EGMR vom 28. Mai 2009 (Nr. 3545/04) *Brauer gegen Deutschland* sowie EGMR vom 25. Januar 2018 (Nr. 29762/10) *Mitzinger gegen Deutschland*; vgl. auch RÖTHEL, § 8 Rz. 12 ff., 15, mit dem Hinweis, dass der deutsche Gesetzgeber infolge der Verurteilungen nicht eine allgemeine Streichung der Stichtagsregelung vorsah, sondern die Gerichte für jeden Einzelfall gehalten sind, die Verhältnismässigkeit der Stichtagsregelung zu prüfen. Voraussetzung für die Anrufung von Art. 8 EMRK (und damit auch Art. 14 EMRK) ist, dass ein effektives Familienleben vorhanden war; siehe zum Ganzen auch KREGEL-OLFF, S. 120 ff.; MAGNUS, FamRZ 2017, S. 586, 587, mit kritischen Überlegungen zum Erfordernis des Bestehens einer persönlichen Beziehung.

495 Vgl. BREITSCHMID, *successio* 2021, S. 326, 329 f.; vgl. OGer ZH vom 7. Mai 2018 (LF 180025), wo eine Berufung auf die EMRK zurückgewiesen wurde; siehe jüngst ausführlich SPRENGER/ENGEL, FamPra.ch 2022, S. 347 ff.

496 Worauf PHILIPPE MEIER in seiner Rechtsprechungsübersicht als einziger hinwies, ZKE 2022, S. 58, 59.

E. Versuch einer Gesamtanalyse in Form von Thesen

Die bereits in den einzelnen Abschnitten gewonnenen Erkenntnisse sollen in folgenden Thesen zusammengefasst werden:

Komplexität und Vielschichtigkeit: Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung auf die nationale Gesetzgebung im Bereich des ZGB sind komplex und vielschichtig. Vereinfachende Zuschreibungen in der Form, wonach dieser oder jener Entscheid als «Impuls» oder «Meilenstein» einer bestimmten Revision zu betrachten ist, wird den verschachtelten, kaum je monokausalen Zusammenhängen und Wirkungskräften einer Gesetzesänderung in der Regel nicht gerecht. Nicht selten wirken parallele Reformationskräfte auf verschiedenen Ebenen, wobei ein bestimmter EGMR-Entscheid oder eine EGMR-Rechtsprechung bei genauer Betrachtung mehr als Puzzleteil denn als ein die Revisionslawine auslösender Stein erscheint. Revisionsprojekte, die grösstenteils durch EMRK-Vorgaben ausgelöst und geprägt waren, sind (vielleicht mit Ausnahme im Bereich des Vormundschafts- bzw. Erwachsenenschutzrechts) selten. Mitursächlich dafür, wie gross die Wirkungsmacht von EGMR-Entscheiden ausfällt, ist auch, welche Rechtsbereiche tangiert sind. Jene, die emotional aufgeladen sind und jeden betreffen können, bilden oft heftig umkämpfte Plattformen der Umsetzung.

Begrenzte Orientierungswirkung: Oftmals vermögen EGMR-Urteile nicht jene Orientierung zu verschaffen, welche eine konkrete Transformation in nationale Gesetzgebung genügend vorzeichnen könnte.⁴⁹⁷ Urteile bleiben zuweilen mehrdeutig, was im Gesetzgebungsprozess politisch motivierte Interpretationen befördert und letztlich auch der Wahl einer Minimalvariante Vorschub leistet.

Suboptimale Zielvorgaben des Gesetzgebungsprozesses: Kontraproduktiv ist eine systemische Vorgabe, welche den Bundesrat im Ergebnis darauf verpflichtet, hinsichtlich internationaler bzw. völkerrechtlicher Vorgaben jene Lösung anzustreben, welche gerade noch keine Konventionswidrigkeit darstellt und lediglich auf die «Vereinbarkeit» mit der EMRK ausgerichtet ist. Dies widerspricht der Vorstellung eines diskursiven Dialogs⁴⁹⁸ zwischen EMRK und nationalen Rechtsordnungen zur Gewährleistung eines europäischen Grundrechtsschutzes. Anzustreben wäre eine Gesetzgebung, welche die EMRK nicht als rote Linie, sondern als Inspiration versteht.⁴⁹⁹ Nur so kann sie vorausschauend agieren.⁵⁰⁰

497 Vgl. SCHÜRMAN, Wichtige Fälle, S. 121, wonach es selten möglich sei, die Konventionskonformität klar zu beantworten; SCHUMANN, S. 205.

498 Vgl. HERTIG RANDALL, S. 120.

499 Wohl weniger emotional aufgeladen wäre eine Systematik, welche die EGMR-Rechtsprechung in den Botschaften unter dem Titel Rechtsvergleich abhandeln würde; vgl. auch BELSER, S. 69, 81, wonach die zurückhaltende, minimalistische Art der Schweiz das EMRK-System unterwandert und dazu führt, dass die Weiterentwicklung von Menschenrechten gelähmt werde.

500 Entlarvend für den retrospektiven Fokus die Aussage des Bundesrates in der Botschaft zur Revision des Adoptionsrechts (BB1 2015 877, 939), wonach die Rechtsprechung des EGMR es als

Fehlendes strategisches Umsetzungs-/Begleitungsorgan: Es fehlt in der Gesetzgebungsorganisation ein Organ, welches sich vermehrt strategischen Fragen der Rechtsetzung und damit verbunden auch der strategischen Befassung mit der Entwicklung der EMRK und ihrem möglichen Einfluss auf konkrete Gesetze widmet. Ein standardisiertes Verfahren fehlt, die Rechtsprechung des EGMR in den Gesetzgebungsprozess einfließen zu lassen. Wenn der EGMR als Sender von Grundrechtsimpulsen verstanden wird, dann wäre auf der Empfängerseite ebenfalls ein einziges, koordinierendes Behördenorgan, das sich nur diesen Fragen widmen kann, optimal. Eine einzige, mit genügenden Ressourcen ausgestattete Stelle hätte zu kontrollieren, dass alle Gesetzesrevisionen «In the shadow of the EMRK»⁵⁰¹ stattfinden.

Politische und gesetzgeberische Rahmenbedingungen als Grenze: Die Umsetzung von EGMR-Urteilen ist an die Rahmenbedingungen der Gesetzgebung und der Politik gebunden. Das schweizerische Gesetzgebungsverfahren ist stark konsensual ausgerichtet, was dazu führt, dass Gesetzesänderungen nicht selten einem kleinstmöglichen Kompromiss entsprechen und damit einer Minimalvariante gleichen und nicht ein visionärer Wurf sein können. Eine vorausschauende Legiferierung, welche zukünftige Entwicklungen vorwegnimmt und mögliche EMRK-Verstösse für die Zukunft antizipiert, wird damit zusätzlich erschwert. Keine Erleichterung bei der Umsetzung von EGMR-Rechtsprechung und diesbezüglichen Entwicklungslinien ist sicherlich auch, dass Gesetzgebungsprojekte im Regelfall mehrere Jahre vom auslösenden Vorstoss bis zum Inkrafttreten dauern. In diesem Kontext muss daher beachtet werden, dass es je nach politischem Umfeld für die Erfolgsaussichten eines Vorstosses wenig opportun sein kann, sich auf die EMRK oder die EGMR-Rechtsprechung zu berufen.⁵⁰²

Relevanz von Gesetzgebungsimpulsen ausserhalb der EMRK: Gezeigt hat sich überdies, dass wichtige Impulse zur Rechtsetzung mittelbar vor allem auch von anderen Akteuren als der EGMR-Rechtsprechung ausgehen. Hier sind neben der Zivilgesellschaft vor allem die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Wissenschaft gefordert. Letzteres ist ganz bewusst nicht auf die Rechtswissenschaft begrenzt, denn es ist offensichtlich, dass die neusten Herausforderungen an das Recht nur interdisziplinär bewältigt werden können. Wer sich eine vorausschauende, visionäre Gesetzgebung wünscht, muss diese

angezeigt erscheinen lasse, die Entwicklungen der vergangenen Jahre im Adoptionsrecht abzubilden.

501 Angelehnt an den aus der Mediation bekannten Satz, die Mediation habe stets «in the shadow of the law» stattzufinden. Der Satz geht zurück auf den berühmten Aufsatz von MNOOKIN/KORNGHAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 *Yale Law Journal*, S. 950 ff.

502 Bezeichnend der Bericht 40 Jahre EMRK, BBl 2015, 357, 408, in dem der Bundesrat festhält, «In allen Fällen erfolgte die Änderung des innerstaatlichen Rechts [...] letztlich nicht, weil «Strassburg» das so verlangt, sondern in der Überzeugung, eine in der Sache vernünftige Lösung getroffen zu haben».

Wirkungsfaktoren ebenfalls stärken. Hinzu kommt, dass es gerade im ZGB Bereiche gibt, die wenig EMRK-relevant sind und bei einer rein EMRK-fokussierten Legiferierungsplanung Gefahr laufen würden, im toten Winkel unbeachtet zu bleiben.

Zusammenfassung

Dieser Beitrag untersucht, wie sich die EMRK bzw. die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) auf die klassischen Materien des Zivilgesetzbuches ausgewirkt hat. Einleitend wird die Geschichte des Beitritts der Schweiz zur EMRK geschildert, das Kontrollsystem der EMRK und die Umsetzung in der Schweiz thematisiert und ein Blick auf die sog. dynamische Auslegung der EMRK und die daran geäußerte Kritik geworfen. Anschliessend wird rekapituliert, welche Erscheinungsformen Auswirkungen durch die EMRK aufweisen können, und darauffolgend im eigentlichen Hauptteil der Einfluss der EMRK auf ausgewählte Gebiete des ZGB untersucht. Am Ende werden die Erkenntnisse in Form von Thesen zusammengefasst. Die Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung erweisen sich als komplex und vielschichtig. Vereinfachende Zuschreibungen werden den kaum je monokausalen Zusammenhängen und Wirkungskräften nicht gerecht. Oftmals verschaffen EGMR-Urteile aber auch keine befriedigende Orientierung. Kontraproduktiv sind bei der Umsetzung die Zielvorgaben im Gesetzgebungsprozess, indem die EMRK nicht als Inspiration, sondern als rote Linie verstanden wird. Die politischen und gesetzgeberischen Rahmenbedingungen mit einem konsensual ausgerichteten Gesetzgebungsprozess begrenzen die Wirkungskraft der EGMR-Urteile zusätzlich. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes wird kaum als legislatorischer Trendbarometer genutzt. Erschwerend kommt hinzu, dass ein standardisiertes Verfahren fehlt, die Rechtsprechung des EGMR in den Gesetzgebungsprozess einfließen zu lassen. Bei alledem darf nicht vergessen gehen, dass zivilgesellschaftliche Organe und die (gesamte) Wissenschaft und nicht nur der EGMR wichtige Impulsgeber der Gesetzgebung sind.

Abstract

This contribution examines the impact of the ECHR and the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) on the matters of the Civil Code. It begins with a history of Switzerland's accession to the ECHR, discusses the ECHR's control system and its implementation in Switzerland, and addresses the so-called dynamic interpretation of the ECHR and the respective criticism.

Subsequently, it is recapitulated which manifestations can be affected by the ECHR, and subsequently in the actual main part of the article, the author examines the influence of the ECHR on selected areas of the Swiss civil code. The contribution concludes with summarised hypotheses. The impact of the ECHR case law proves to be complex and multi-layered. Simplistic attributions do not do justice to the hardly ever monocausal connections and effects. Often, however, ECtHR rulings do not provide satisfactory orientation either. Counterproductive for the implementation are the targets set in the legislative process, in which the ECHR is not understood as an inspiration but as a red line. The political and legislative framework with a consensus-oriented legislative process further limits the impact of the ECHR case law. The Court's case law is hardly ever used as a legislative trend barometer. To make matters worse, there is no standardized procedure for incorporating the case law of the ECtHR into the legislative process. Though it is important not to forget that civil society organisations and the (entire) academic community, and not only the ECtHR, are important driving forces for legislative development.

Résumé

Cette contribution examine l'impact de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) sur les matières classiques du code civil. En introduction, l'histoire de l'adhésion de la Suisse à la CEDH est décrite, le système de contrôle de la CEDH et la mise en œuvre en Suisse sont thématiques et un regard est jeté sur l'interprétation dite dynamique de la CEDH et les critiques exprimées à son égard. Ensuite, nous récapitulons les formes de manifestations qui peuvent présenter des effets de la CEDH, puis, dans la partie principale, nous examinons l'influence de la CEDH sur certains domaines du CC. Enfin, les conclusions sont résumées sous forme de thèses. L'impact de la jurisprudence de la CEDH s'avère complexe et à plusieurs niveaux. Les attributions simplistes ne rendent pas justice aux relations et aux forces d'impact qui ne sont guère monocausales. Souvent, les arrêts de la CEDH ne fournissent pas non plus d'orientation satisfaisante. Les objectifs fixés dans le processus législatif sont contre-productifs dans la mesure où la CEDH n'est pas considérée comme une inspiration, mais comme une ligne rouge. Le cadre politique et législatif, avec un processus législatif orienté vers le consensus, limite encore plus la force d'impact des arrêts de la CEDH. La jurisprudence de la Cour n'est guère utilisée comme baromètre législatif des tendances. L'absence d'une procédure standardisée permettant d'intégrer la jurisprudence de la CEDH dans le processus législatif complique encore la situation. Il ne faut pas oublier que les organes de la société civile et la communauté scientifique (dans son ensemble), et pas seulement la Cour européenne des droits de l'homme, sont des moteurs importants de la législation.

Literatur⁵⁰³

- ACHERMANN ALBERTO/MARTIN HEMMI, Internationale Entwicklungen mit Bedeutung für die Schweiz, in: Achermann Alberto/Amarelle Cesla/Caroni Martina/Epiney Astrid/Künzli Jörg/Uebersax Peter, Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016 – Annuaire du droit de la migration 2015/2016, Bern 2016, S. 487 ff.
- AEBI-MÜLLER REGINA E., EGMR-Entscheid Jäggi c. Suisse: Ein Meilenstein zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung?, Jusletter 2. Oktober 2006.
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Das neue Familiennamensrecht – eine erste Übersicht, SJZ 2012, S. 449 ff.
- AEMISEGGER HEINZ, Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz, Jusletter 20. Juli 2009.
- AEMISEGGER HEINZ, Probleme der Umsetzung der EMRK im schweizerischen Recht, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK: Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 201 ff.
- ARMENTI STEFAN, Fürsorgerische Unterbringung als komplexe interdisziplinäre Leistung, AJP 2015, S. 1659 ff.
- BADDELEY MARGARETA, Le droit du nom suisse: état des lieux et plaidoyer pour un droit «libéré», FamPra.ch 2020, S. 613 ff.
- BELSER EVA MARIA, Kantonale Grundrechte und ihre Bedeutung für die Verwirklichung der Menschenrechte im mehrstufigen Staat, in: Besson Samantha/Belser Eva Maria (Hrsg.), La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons/Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, Journée BENEFRÉ de droit européen de l'Institut de droit européen/BENEFRÉ-Tagung im Europarecht des Instituts für Europarecht (deutsch/französisch), Genf/Zürich/Basel 2014, S. 67 ff.
- BESSON SAMANTHA, Les effets et l'exécution des arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme – Le cas de la Suisse, in: Breitenmoser Stephan (Hrsg.), EMRK und die Schweiz: Referate der Tagung vom 5. Juni 2009 in Bern, St. Gallen 2010, S. 125 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, «Präventive Rechtskontrolle» – Hintergrund, Inhalt, Folgerungen, LeGes 2010, S. 309 ff.

503 Soweit im Fussnotenapparat nur auf kurze Urteilsanmerkungen verwiesen wird, erfolgte keine zusätzlich Aufnahme ins vorliegende Literaturverzeichnis. Die Fundstelle wird in der betreffenden Fussnote angegeben. Voraufgaben von Lehrbüchern oder Kommentaren werden mit dem Erscheinungsjahr der betreffenden Auflage gekennzeichnet. Zeitschriftenaufsätze werden mit dem Autor:innenamen und der Zeitschriftenfundstelle zitiert.

- BIAGGINI GIOVANNI, Das Verfassungsgefüge im Stresstest der Pandemie, ZBI 2022, S. 59 ff.
- BIEDERMANN ALEXANDRE, La réception de la CEDH en droit suisse au travers de la procédure de révision: analyse récente de la pratique du Tribunal fédéral, in: Boillet Véronique/Maiani Francesco/Poltier Etienne/Rietiker Daniel/Wilson Barbara (Hrsg.), L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse, S. 29 ff., Zürich 2016.
- BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT, Europarecht, 4. Auflage, Zürich 2021.
- BREITSCHMID PETER, Die Fortentwicklung des schweizerischen ZGB: Eigenständigkeit und Fremdeinflüsse, RabelsZ 2008, S. 686 ff.
- BREITSCHMID PETER, Erbrechtliche Paralipomena – Begrüssung zum 16. Schweizerischen Erbrechtstag, successio 2021, S. 326 ff.
- BRÖTEL ACHIM, Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens, Diss. Heidelberg, Baden-Baden 1991.
- BUCHER ANDREAS, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Urteil vom 24.5.2005, i.S. Rose c. Losonci, 5A.4/2005 (Urteilsbesprechung), AJP 2005, S. 1427 ff.
- BÜCHLER ANDREA, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, FamPra.ch 2005, S. 437 ff.
- BÜCHLER ANDREA (Hrsg.), FamKomm Eingetragene Partnerschaft, Bern 2007 (zit. FamKomm Eingetragene Partnerschaft-BEARBEITERIN).
- BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, Transsexualität und Recht. Oder: Das falsche Geschlecht. Über die Inkongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechterkategorisierungen, FamPra.ch 2002, S. 20 ff.
- BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich, FamPra.ch 2020, S. 875 ff.
- BÜCHLER ANDREA/HÄFELI CHRISTOPH/LEUBA AUDREY/STETTLER MARTIN (Hrsg.), FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. FamKomm Erwachsenenschutz-BEARBEITERIN).
- BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE, Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-BEARBEITER/IN).
- BÜCHLER ANDREA/MARANTA LUCA, Leihmutterschaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz, FamPra.ch 2015, S. 354 ff.
- BÜCHLER ANDREA/RÜTSCHKE BERNHARD (Hrsg.), Kommentar zum Fortpflanzungsmedizingesetz, Bern 2020 (zit. SHK-BEARBEITER/IN).

- BÜCHLER ANDREA/RYSER NADINE, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, FamPra.ch 2009, S. 1 ff.
- BURCKHARDT CARL CHRISTOPH, Die formellen und materiellen Erfordernisse der Eheschliessung im geltenden Rechte und im Departementalentwurf eines Schweizerischen Zivilgesetzbuches, ZSR 1901, S. 269 ff.
- COESTER-WALTJEN DAGMAR, Aktuelle Entwicklungen im deutschen Familienrecht, FamPra.ch 2021, S. 374 ff.
- COTTIER MICHELLE, Inter- und Transdisziplinarität in der Familienwissenschaft aus der Perspektive des Familienrechts, FamPra.ch 2012, S. 65 ff.
- COTTIER MICHELLE/WYTTENBACH JUDITH, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK und ihr Einfluss auf die Schweiz: ausgewählte jüngere Entwicklungen im Bereich des Familienrechts, FamPra.ch 2016, S. 75 ff.
- CREVOISIER CÉCILE/COTTIER MICHELLE, Gemeinsame originäre Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare, FamPra.ch 2021, S. 286 ff.
- DETHLOFF NINA, Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität, Perspektiven für die Forschung, ZEuP 2007, S. 992 ff.
- DUDEN KONRAD, Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Diss. Hamburg, Tübingen 2015.
- DUMERMUTH MARTIN, Die EMRK und die Schweiz – eine Standortbestimmung nach 40 Jahren, SJZ 2014, S. 597 ff.
- DUTTA ANATOL, Warum Erbrecht, Tübingen 2014.
- FANKHAUSER ROLAND, Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, Bern 2011.
- FANKHAUSER ROLAND, Der Betreuungsunterhalt – Zur Spurensuche und -deutung anhand von Materialien, in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 793 ff.
- FISCHLI ERNST, Vormundschaft und Menschenrechte, ZVW 1971, S. 126 ff.
- GEISER THOMAS, Utopien (4): Weg mit dem amtlichen Geschlecht!, AJP 2021, S. 844 ff.
- GEISER THOMAS/GREMPER PHILIPP (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG) vom 18. Juni 2004, Zürich 2007.

- GÖTZ ERNST, Le délai d'interdiction de remariage (art. 150 CCS), ZZW 1964, S. 335 ff.
- GREWE CONSTANZE, Die Wirkungen der EMRK in einzelnen Staaten des Europarats: überraschende Kontraste neuerer Entwicklungen, in: Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Wirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) – heute und morgen, Kolloquium zu Ehren des 80. Geburtstages von Luzius Wildhaber, Zürich 2018, S. 7 ff.
- HAUSHEER HEINZ, Ehefähigkeit, Ehehindernisse und Ungültigkeit der Ehe, ZZW 1974, S. 333 ff.
- HAUSHEER HEINZ, Der Fall Burghartz oder vom bisweilen garstigen Geschäft der richterlichen Rechtsharmonisierung in internationalen Verhältnissen, in: Gauch Peter/Schmid Jörg/Steinauer Paul-Henri/Tercier Pierre/Werro Franz (Hrsg.), Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, S. 407 ff.
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020.
- HÄFELI CHRISTOPH, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3. Aufl., Bern 2021.
- HÄFELI CHRISTOPH, Vom Vormundschaftsrecht zum Erwachsenenschutz, FamPra.ch 2004, S. 919 ff.
- HÄNNI PETER, Die Bedeutung der EMRK für das schweizerische Familienrecht, in: Gauch et al. (Hrsg.), FS für Bernhard Schnyder zum 60. Geburtstag, Freiburg 1995, S. 365 ff.
- HEGNAUER CYRIL, Der Familienname im neuen Eherecht, SJZ 1981, S. 248 ff.
- HEGNAUER CYRIL, Plädoyer für die Abschaffung der Frauenwartefrist gemäss Artikel 103 ZGB, ZZW 1983, S. 65 ff.
- HEGNAUER CYRIL, Darf die fürsorgliche Freiheitsentziehung zur Vertreibung auswärtiger Drogensüchtiger angeordnet werden?, ZVW 1993, S. 164 ff.
- HEGNAUER CYRIL, Entwicklungen des schweizerischen Familienrechts, FamPra.ch 2000, S. 1 ff.
- HEGNAUER CYRIL, Vom Treten an Ort beim Namensrecht: der Nationalrat und die Europäische Menschenrechtskonvention, NZZ vom 14.04.2009, Nr. 85.
- HEGNAUER CYRIL/BREITSCHMID PETER, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000.
- HEINZ KARL ECKHART, Inhalt und Tragweite des Art. 12 der europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – am Beispiel der Rechtssache «F. contre Suisse», SJZ 1991, S. 201 ff.

- HERTIG RANDALL MAYA, Auswirkungen der EMRK auf andere Rechtsgebiete, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK: Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 115 ff.
- HEUSSLER WILLI, Zu den jüngsten Reformen im schweizerischen Familienrecht, Das Standesamt 2000, S. 4 ff.
- HINDERLING HANS, Fragen aus dem Scheidungsrecht (gegenwärtiger Stand der Revisionsarbeit), SJZ 1975, S. 253 ff.
- HOTTELIER MICHEL/MOCK HANSPETER/PUÉCHAVY MICHEL, La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, 2. Aufl., Zürich 2011.
- HOTZ SANDRA, Zwischen Informed Consent und Verbot: Wertungswidersprüche in der Reproduktionsmedizin?, recht 2014, S. 27 ff.
- HOTZ SANDRA, «Ehe für alle» – Wie weiter?, SJZ 2021, S. 22 ff. (Teil I), S. 75 ff. (Teil II).
- JACOT-GUILLARMOD OLIVIER, La Convention européenne des droits de l'homme et la Suisse, ZBI 1986, S. 49 ff.
- KARPENSTEIN ULRICH/MAYER FRANZ C., Kommentar zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., München 2022 (zit. KARPENSTEIN/MAYER/BEARBEIT/IN).
- KIENER REGINA, Der Einfluss der EMRK auf die BV 1999, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK: Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 53 ff.
- KLEY ANDREAS/SIGRIST MARTIN, Der Beitritt der Schweiz zur EMRK – Vorbereitung und Umsetzung des Beitritts vor und nach 1974, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK: Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 17 ff.
- KOLLER HEINRICH, Das Vormundschaftsrecht im Wandel – Menschenrechte und Grundfreiheiten als Ausgangspunkt einer Revision des Vormundschaftsrechts, ZVW 1992, S. 83 ff.
- KREGEL-OLFF ANSGAR, Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Erbrecht, Frankfurt 2011.
- KÜCHLER REMIGIUS, Strafen für Steuerhinterziehung und Menschenrechte, StR 1998, S. 283 ff.
- LEVINET MICHEL, La définition de la vie familiale dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, in: Werro Franz (Hrsg.), Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme/Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, S. 53 ff.

- LÖTSCHER CORDULA, Abstammungsrecht im Wandel: Die Elternschaftsvermutung der Ehefrau gemäss der Vorlage «Ehe für alle», FamPra.ch 2021, 656 ff.
- LUDWIG HANS, 40 Jahre Reproduktionsmedizin – Rückblick und ethische Überlegungen, Gynäkologe 2020, S. 206 ff.
- LUDWIG MICHAEL/DIEDRICH KLAUS, Historischer Abriss zur Reproduktionsmedizin, in: Diedrich Klaus/Ludwig Michael/Griesinger Georg (Hrsg.), Reproduktionsmedizin, 2. Aufl., Berlin 2020, S. 11 ff.
- MAGNUS ROBERT, Die Entscheidung Mitzinger des EGMR und die rückwirkende Gleichstellung nichtehelicher Kinder – Aufgaben und Grenzen für Gesetzgeber und Gerichte, FamRZ 2017, S. 586 ff.
- MALINVERNI GIORGIO, Les modifications législatives consécutives à des jugements de la Cour européenne des droits de l’homme, LeGes 2016, S. 375 ff.
- MEIER PHILIPPE, L’enfant en droit suisse: quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme, FamPra.ch 2012, S. 255 ff.
- MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, Droit de la filiation, 6. Aufl., Zürich 2019.
- MEYER ULRICH, Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung auf das Recht der Sozialen Sicherheit, BJM 2016, S. 269 ff.
- MINDER LILIANE DENISE, Die Unverjährbarkeit von Ansprüchen aus Grundrechts- und Kerngehaltsverletzung – Ein Beitrag zum Umgang mit sozialen Randgruppen in der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert am Beispiel fürsorgerischer Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen, Zürich 2020.
- MONTINI MICHEL, Garçon ou fille? Tertium non datur?, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth E./Schwander Ivo (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 403 ff.
- MÖCKLI DANIEL, Internationale Gerichte: Garanten der Stabilität oder undemokratische politische Akteure?, ZBl 2018, S. 74 ff.
- PABEL KATHARINA/SCHMAHL STEFANIE (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln 2021 (zit. IntKomm EMRK-BEARBEITER/IN).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, L’influence des droits de l’homme sur l’osmose des modèles familiaux, Genf 2002.
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Mariage, partenariat enregistré, concubinage: évolutions récentes en matière de conclusion et validité, FamPra.ch 2017, S. 913 ff.

- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Le droit au mariage et à la famille, FamPra.ch 2011, S. 321 ff.
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, I. Droit civil/B. Droit des familles/ 2. Droits de l'enfant/Le droit de l'adoption à la lumière de la CEDH: analyse de lege lata et ferenda/I.–IV., in: Leuba Audrey/Papaux van Delden Marie-Laure/Foëx Bénédicte, Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Zürich 2017, S. 187 ff.
- PATRY LOUISE, L'impact en Suisse de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Y. Y. c. Turquie sur la question de la stérilisation prévue par le régime suisse actuel en matière de reconnaissance officielle de changement de sexe, in: Boillet Véronique/Maiani Francesco/Poltier Etienne/Rietiker Daniel/Wilson Barbara (Hrsg.), L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse, Zürich 2016, S. 89 ff.
- PINTENS WALTER, Die Europäisierung des Erbrechts, ZEuP 2001, S. 628 ff.
- PFÄFFINGER MONIKA, Geheime und offene Formen der Adoption: Wirkungen von Information und Kontakt auf das Gleichgewicht im Adoptionsdreieck, Zürich 2007.
- PFÄFFINGER MONIKA, Von geheimen und (halb-)offenen Adoptionen, FamPra.ch 2008, S. 1 ff.
- RECHER ALECS, Änderung von Name und amtlichem Geschlecht: einfach zum rechtskonformen Entscheid, FamPra.ch 2015, S. 623 ff.
- REUSSER RUTH E., Das neue materielle Adoptionsrecht – ein kritischer Blick, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth E./Schwander Ivo (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 431 ff.
- RHINOW RENÉ, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003.
- RIETIKER DANIEL, Die EMRK und der EGMR – Aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK: Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 231 ff.
- RIEMER HANS MICHAEL, Grundriss des Vormundschaftsrechts, Bern 1997.
- RIXE GEORG, Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa, FPR 2008, S. 222 ff.
- RÖTHEL ANNE, Erbrecht, 18. Aufl., München 2020.
- ROSCH DANIEL/MARANTA LUCA, Selbstbestimmung 2.0, Bern 2017.

- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das neue Namensrecht – ein Diskussionsbeitrag, ZVW 2001, S. 167 ff.
- SALADIN PETER, Grundrechte und Vormundschaft, Historische und Dogmatische Überlegungen, ZVW 1989, S. 1 ff.
- SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, in: MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, Bern 2005.
- SCHIEDEGGER ADRIAN, La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et ses implications pratiques, in: Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), EMRK und die Schweiz: Referate der Tagung vom 5. Juni 2009 in Bern, St. Gallen 2010, S. 295 ff.
- SCHIESS RÜTIMANN PATRICIA M., Die Freiheiten des liechtensteinischen Gesetzgebers beim Einfügen der EMRK in die nationale Rechtsordnung, LJZ 2018, S. 143 ff.
- SCHNYDER BERNHARD, Vormundschaft und Menschenrechte, ZVW 1972, S. 41 ff.
- SCHÖBI FELIX, Stiefkindadoption und Konkubinat, Bemerkungen zum Urteil des EGMR vom 13. Dezember 2007 i.S. Emonet et al. gegen die Schweiz (3905/03), recht 2009, S. 99 ff.
- SCHÖBI FELIX, Vorrang der EMRK vor Bundesgesetzen?, Bemerkungen zu BGE 136 III 168, recht 2010, S. 131 ff.
- SCHUBARTH MARTIN, Europäische Vielfalt und Strassburger Zentralismus, SJZ 1997, S. 385 ff.
- SCHULZ ALIX, Keine Verpflichtung zur Ausstellung eines geschlechtsneutralen Reisepasses, Anmerkung zur Entscheidung R (on the application of Elan-Cane) v Secretary of State for the Home Department [2021] UKSC 56, FamRZ 2022, S. 366 ff.
- SCHULZ ALIX, Geschlechtervielfalt in Europa – Art. 8 EMRK als Katalysator der mitgliedstaatlichen Rechtsentwicklung, ZEuP 2021, S. 64 ff.
- SCHUMANN EVA, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das deutsche Familien- und Erbrecht, in: Schumann Eva (Hrsg.), Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum, Berlin 2015, S. 163 ff.
- SCHÜRER STEFAN, Die punktuelle Neutralisierung der EMRK in der Praxis des Bundesgerichts, Zur verkürzten Grundrechtsprüfung bei der Anwendung von Bundesgesetzen, ZBl 2016, S. 171 ff.

- SCHÜRMAN FRANK, Aktuell aus Strassburg - Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Adoption im Konkubinatsverhältnis, zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Emonet u.a. gegen die Schweiz vom 13. Dezember 2007, ZBJV 2008, S. 262 ff.
- SCHÜRMAN FRANK, Wichtige Schweizer Fälle in der neueren EGMR-Rechtsprechung, in: Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), EMRK und die Schweiz: Referate der Tagung vom 5. Juni 2009 in Bern, St. Gallen 2010, S. 107 ff. (zit. SCHÜRMAN, Wichtige Fälle).
- SCHÜRMAN FRANK, Wichtige Schweizer Fälle vor den EMRK-Organen, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK: Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 173 ff. (zit. SCHÜRMAN, 40 Jahre EMRK).
- SCHWENZER INGEBORG, Ehelichkeitsvermutung und Ehelichkeitsanfechtung, FamRZ 1985, S. 1 ff.
- SCHWENZER INGEBORG, Die UN – Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP 1994, S. 817 ff.
- SCHWENZER INGEBORG/AESCHLIMANN SABINE, Zur Notwendigkeit einer Disziplin Familienwissenschaft, in: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Giger, Zürich 2006, S. 501 ff.
- SEILER HANSJÖRG, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 2014, S. 265 ff.
- SEILER HANSJÖRG, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte: Hüter der Menschenrechte, Appellationsinstanz oder Verfassungsgeber?, ZBl 2012, S. 223 ff.
- SPIRIG EUGEN, Fürsorgerische Freiheitsentziehung und Drogensucht im Kanton Zürich, SJZ 1994, S. 321 ff.
- SPRENGER SIMONE/ENGEL MARTINA, Neue Hoffnung für Kinder ohne rechtlichen Vater? Die Zahlvaterschaft und das Übergangsrecht im Lichte der EMRK, FamPra.ch 2022, S. 347 ff.
- STEGMÜLLER TIFFAINE, Tourisme procréatif et reconnaissance des liens de filiation: la jurisprudence embryonnaire de la CourEDH et du TF, in: Boillet Véronique/Maiani Francesco/Poltier Etienne/Rietiker Daniel/Wilson Barbara (Hrsg.), L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse, Genf 2016, S. 133 ff.
- STEINER REGULA/ROGGO ANTOINE, Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der allogenen Eizelltransplantation – der so genannten «Eizellenspende», AJP 2012, S. 474 ff.

- STEPTOE PATRICK/EDWARDS ROBERT, Birth after the Reimplantation of a Human Embryo, *The Lancet* 1978, S. 366 ff.
- STETTLER MARTIN, Les principaux développements enregistrés dans le droit suisse de la filiation depuis la révision de 1976, *FamPra.ch* 2002, S. 1 ff.
- SUTTER-SOMM THOMAS, Vier Probleme des schweizerischen Eheschliessungsrechts, *ZZW* 1994, S. 332 ff.
- THÜRER DANIEL, Neuere Entwicklungen im Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention, *ZBl* 1988, S. 377 ff.
- THURNHERR DANIELA, The Reception Process in Austria and Switzerland, in: Keller Helen/Stone Sweet Alec (Hrsg.), *A Europe of Rights – The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford 2008, S. 311 ff.
- URWYLER DAVID, Entwicklung der internationalen Adoption in der Schweiz, in: Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), *Internationale Adoption*, Bern 2009, S. 167 ff.
- VILLIGER MARK E., *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen*, 3. Aufl., Zürich 2020.
- WEBER ROGER, Kritische Punkte der Scheidungsrechtsrevision, *AJP* 1999, S. 1633 ff.
- WEYHAUSEN BERIT, Präimplantationsdiagnostik in der Schweiz nach Verfassungsänderung und Referendum, Ein Vergleich mit Deutschland und Österreich unter Berücksichtigung besonderer Aspekte, *Jusletter* 28. August 2017.
- WILDHABER ISABELLE, Auf dem Weg zu einem eidgenössischen Fortpflanzungsmedizinengesetz: Quo vadis?, in: Bernat Erwin (Hrsg.), *Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik*, Wien 2000, S. 84 ff.
- WILLEMS GEOFFREY, Private and Family Life versus Morals and Tradition in the Case Law of the ECtHR, in: Boele-Woelki Katharina/Dethloff Nina/Gephart Werner, *Family law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities*, Cambridge 2014, S. 305 ff.
- WITTINGER MICHAELA, «Europäisches Familienrecht»: Die familienrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in jüngerer Zeit – Altbekanntes und Neues, *FamPra.ch* 2009, S. 84 ff.
- WYSS MARTIN PHILIPP, EMRK-Verletzung und bundesrechtliche Revision nach Art. 139a OG, *recht* 1999, S. 92 ff.
- ZBINDEN KARL, Zur Reform der administrativen Zwangsversorgung von Gewohnheitsverbrechern, Liederlichen und Arbeitsscheuen, *SJZ* 1942, S. 339 ff.

L'influence de la CEDH sur le droit suisse:
éléments de droit pénal spécial et de droit de la
coopération internationale en matière pénale

MARIA LUDWICZAK GLASSEY*

* Prof. Dr. iur., Professeure associée au Département de droit pénal (Université de Genève), Chargée d'enseignement (Université de Neuchâtel), Chargée de cours HES (Haute école de gestion ARC, Neuchâtel).



Table des matières

A.	Introduction	86
B.	L'influence du droit au respect de la vie privée et familiale et de la liberté d'expression sur le droit pénal spécial suisse	87
	I. En général	87
	II. Le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8 CEDH)	88
	1. Droit de mettre fin à ses jours et suicide assisté	88
	2. Droit de subvenir à son minimum vital en recourant à la mendicité	93
	III. La liberté d'expression (article 10 CEDH)	96
	1. La liberté d'expression face à la diffamation	97
	2. La liberté d'expression face à l'interdiction de publication de débats officiels secrets	100
	3. La liberté d'expression face au discours négationniste	103
C.	L'influence de la CEDH sur le droit suisse de la coopération internationale en matière pénale	106
	I. Aspects généraux	107
	1. Définition de la coopération internationale en matière pénale	107
	2. Effet territorial et extraterritorial de la CEDH	108
	3. Obligation de respecter la CEDH et contrôle par les États parties	109
	4. Conséquences de la nature administrative de la procédure dans l'État requis	112
	5. Conséquences de la nature pénale de la procédure dans l'État requérant	112
	a. Obligation procédurale de coopérer découlant de l'article 2 CEDH	113
	aa. Obligation de solliciter la coopération	113
	bb. Obligation de répondre à la demande de coopération	115
	b. Interdiction de coopérer en cas de risque de violation de l'article 3 CEDH	116
	aa. En général	116
	bb. Éléments de droit suisse	117
	aaa. Motif de refus lié à l'article 2 EIMP	117
	bbb. Recours au Tribunal fédéral (article 84 LTF)	119
	II. Le respect de la CEDH dans la procédure d'extradition conduite en Suisse comme État requis	120
	1. En général	120
	2. Arrestation en vue de l'extradition et sauf-conduit	121
	3. Détention extraditionnelle	122
	a. En général	122
	b. Droit d'être entendu	123
	c. Délai pour statuer sur la demande de libération	124
	III. La condition du respect de la CEDH dans l'État requérant l'extradition	125
	1. Motifs de refus de l'extradition	126
	a. L'article 3 CEDH	126
	b. L'article 6 CEDH	129
	2. Éléments déterminants	130
	a. Faits pertinents	130
	b. Situation générale et cas particulier	131
	c. Fardeau de la preuve	132
	3. Garanties internationales	133
	4. Théorie suisse des trois cercles	136

IV. La condition du respect de la vie privée et familiale (article 8 CEDH)	138
D. Conclusion	140
Bibliographie sélective	142
Table des arrêts de la CommissionEDH et de la CourEDH	150

A. Introduction

La Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (ci-après: CEDH) est entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974. Depuis lors, complétée par la jurisprudence rendue par la Commission européenne des droits de l’homme (ci-après: CommissionEDH) et la Cour européenne des droits de l’homme (ci-après: CourEDH), la CEDH exerce une très importante influence sur le droit pénal suisse¹. Toutefois, avant cette date déjà, mais dans la perspective d’une adhésion, certains effets anticipés avaient pu être constatés. Ainsi, le droit à un procès équitable, en particulier celui accordé à toute personne interrogée de savoir ce qui lui est reproché, garanti à l’art. 6 CEDH, a été mentionné par le Tribunal fédéral dans un arrêt rendu en 1972 déjà², portant sur l’exécution en Suisse d’une demande de coopération allemande. À l’inverse, dans un arrêt rendu en 1973 concernant une extradition au Zaïre³, le Tribunal fédéral n’a pas pris position sur les risques d’atteintes aux art. 3 et 6 CEDH, garantissant l’interdiction de la torture et le procès équitable, invoqués par le recourant. En particulier, il ne s’est prononcé dans cet arrêt ni sur l’applicabilité de la CEDH en matière d’extradition ni, plus généralement, sur la portée extraterritoriale de la CEDH. Depuis l’entrée en vigueur en Suisse de la CEDH toutefois, la jurisprudence suisse en matière de coopération se réfère très fréquemment à cet instrument, régulièrement invoqué devant nos autorités pour s’opposer à la coopération.

La présente contribution traite en particulier de l’influence de la CEDH sur deux domaines du droit pénal suisse, à savoir le droit pénal spécial et le droit de la coopération judiciaire internationale en matière pénale. Ces deux domaines sont continuellement impactés par les développements jurisprudentiels provenant de Strasbourg, qu’ils concernent directement la Suisse comme État défendeur ou qu’ils émanent dans des arrêts rendus contre d’autres États, mais dont le raisonnement peut être transposé au droit suisse. Dans le premier domaine sous analyse, le droit pénal spécial (*infra* B.), les éléments constitutifs des in-

1 Pour un bilan et des perspectives au terme de 40 ans de la participation de la Suisse à la CEDH, voir Rapport du 19 novembre 2014 du Conseil fédéral en exécution du postulat Stöckli 13.4187 du 12 décembre 2013, «40 ans d’adhésion de la Suisse à la CEDH: Bilan et perspectives», FF 2015 353.

2 ATF 98 Ia 226, c. 5c; MICHEL HOTTELIER/HANSPETER MOCK/MICHEL PUÉCHAVY, La Suisse devant la Cour européenne des droits de l’homme, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 36.

3 ATF 99 Ia 547, c. 2.

fractions sont soumis à une lecture qui doit être compatible avec la CEDH. La Suisse a ainsi dû revoir, à plusieurs reprises et s'agissant de biens juridiques protégés divers, la teneur de ses dispositions légales pénales. Parfois, une interprétation conforme de la disposition légale existante a été considérée suffisante. Dans d'autres cas, en revanche, une modification législative a été nécessaire tant la conciliation s'était avérée ardue. S'agissant de la coopération judiciaire internationale en matière pénale, l'influence de la CEDH sur le droit suisse est importante à plusieurs titres. Tout d'abord, la CEDH a un impact sur le principe même de la coopération: elle impose aux États parties l'obligation de rendre les droits protégés par la CEDH, en particulier la mise en œuvre du droit à la vie protégé par l'art. 2 CEDH, concrets et effectifs et non théoriques ou illusoire. Par ailleurs, la CEDH s'applique à la procédure de coopération ouverte dans l'État requis en exécution de la demande d'entraide. Finalement, la CEDH déploie un effet extraterritorial en matière de coopération internationale: lorsque l'État requis est partie à la CEDH, il est tenu de s'assurer que l'État requérant, qu'il le soit lui aussi ou non, se conformera aux standards découlant de celle-ci, sans quoi il se rend lui-même responsable d'une violation de la Convention. Ces aspects seront étudiés en détails dans une seconde partie de la présente contribution (*infra C.*).

B. L'influence du droit au respect de la vie privée et familiale et de la liberté d'expression sur le droit pénal spécial suisse

I. En général

Le présent rapport porte sur l'influence de la CEDH sur le droit pénal matériel suisse, plus précisément sur le droit pénal spécial donc sur les éléments constitutifs des infractions connues du droit suisse. L'analyse des arrêts rendus par la CommissionEDH puis par la CourEDH dans les affaires concernant la Suisse dans le domaine visé a permis d'identifier deux dispositions de la CEDH ayant un impact particulièrement saillant sur le droit pénal spécial suisse. Ainsi, il sera procédé, dans les pages qui suivent, à une analyse détaillée de l'influence exercée par le droit au respect de la vie privée et familiale garanti à l'art. 8 CEDH (*infra B.II.*) et par la liberté d'expression prévue à l'art. 10 CEDH (*infra B.III.*) et des arrêts rendus par la Commission, respectivement la CourEDH concernant ces dispositions et ayant un impact direct sur le droit pénal spécial suisse.

II. Le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8 CEDH)

L'art. 8 CEDH protège la vie privée et familiale et prévoit que:

- «1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui».

Tout comme la protection de la vie privée et familiale visée par l'art. 13 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse⁴, la protection accordée par l'art. 8 CEDH s'étend à divers aspects. En particulier, la notion de «vie privée» est une notion large, qui n'est pas susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne⁵ et peut englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu⁶, y compris des éléments tels que, par exemple, le nom, l'identification sexuelle, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle⁷. L'art. 8 CEDH protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur⁸. Deux aspects de l'art. 8 CEDH ont en particulier fait l'objet d'arrêts rendus par la CourEDH concernant la Suisse, à savoir le droit de mettre fin à ses jours en rapport avec l'aide au suicide (*infra* B.II.1.) et le droit à subvenir à son minimum vital en particulier en recourant à la mendicité (*infra* B.II.2.) et seront abordés en détails dans les lignes qui suivent.

1. Droit de mettre fin à ses jours et suicide assisté

En droit pénal suisse, le suicide n'est pas puni et l'assistance au suicide n'est pas réprimée, à moins que l'auteur agisse avec un mobile égoïste⁹ (art. 115 du

4 Cst.; RS 101. Pour une comparaison, voir notamment STEPHAN BREITENMOSER, in: Bernhard Ehrenzeller *et al.* (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2014, art. 13 N 7.

5 CourEDH, arrêt X et Y c. Pays-Bas du 26 mars 1985, req. 8978/80, § 22.

6 CourEDH, arrêt Mikulić c. Croatie du 4 septembre 2002, req. 53176/99, § 53.

7 Voir, par exemple, CourEDH, arrêt Burghartz c. Suisse du 22 février 1994, req. 16213/90, § 24; CourEDH, arrêt Dudgeon c. Royaume-Uni du 22 janvier 1981, req. 7525/76, § 41; WILLIAM A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford 2015, p. 375 ss.

8 Voir, par exemple, CourEDH, arrêt Lacatus c. Suisse du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 55.

9 Pour une critique, voir LUDWIG A. MINELLI, *Die EMRK schützt die Suizidfreiheit Wie antwortet darauf das Schweizer Recht?*, PJA 2004, p. 492 (cité: EMRK) et LUDWIG A. MINELLI, *Das Recht auf den eigenen Tod*, RSJ 1999, p. 577 (cité: Recht). En général, voir ANDREAS DONATSCH, *Die strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe*, recht 2000, p. 141 ss; JOSÉ HURTADO

Code pénal suisse¹⁰). L'euthanasie active indirecte, consistant notamment en l'utilisation de substances dont les effets secondaires peuvent accélérer la survenance du décès, tout comme l'euthanasie passive, *i.e.* la renonciation à la mise en œuvre de mesures de maintien de la vie ou l'interruption desdites mesures ne tombent donc pas, selon les circonstances, sous le coup du droit pénal. Le meurtre sur demande de la victime est, quant à lui, réprimé à l'art. 114 CP lorsque l'auteur cède à un mobile honorable. L'euthanasie active directe, à savoir l'homicide intentionnel visant à abrégier les souffrances d'une personne, sans la demande de cette dernière, relève du meurtre (art. 111 CP)¹¹.

Dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*¹², la CourEDH a indiqué que le choix de la personne d'éviter une fin de vie indigne et pénible à ses yeux tombait dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH. En effet, la Cour a considéré que le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de cette disposition. Tel est le cas pour autant qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence¹³. En revanche, le droit à la vie, protégé par l'art. 2 CEDH, ne contient pas de liberté négative correspondante¹⁴. La CEDH n'oblige ainsi en principe pas l'État à prévoir l'exemption de peine pour l'assistance au suicide, ni à créer une possibilité légale pour quelque autre forme d'assistance au suicide. Par consé-

POZO, Euthanasie active: vers un système plus soucieux de la liberté personnelle? Hommage à Marco Borghi, in: Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey/Adriano Previtali (éd.), *L'homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65^e anniversaire*, Zurich 2011, p. 215 ss et les références citées; KARL-LUDWIG KUNZ, *Sterbehilfe: Der rechtliche Rahmen und seine begrenzte Dehnbarkeit*, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (éd.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 613 ss.

10 CP; RS 311.0.

11 À ce propos, voir MICHEL HOTTELLIER, *L'aide au suicide face aux droits de l'homme*, in: Frank Th. Petermann (éd.), *Sterbehilfe im Fokus der Gesetzgebung*, Saint-Gall 2006, p. 106 ss; JOSÉ HURTADO POZO/FEDERICO ILLANEZ, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (éd.), *Code pénal II. Art. 111–392 CP, Commentaire romand*, Bâle 2017, art. 114 N 5; CLAUDE ROUILLER/LEILA ROUSSIANOS, *Le droit à la vie et le droit de mourir dignement*, Jusletter 12 juin 2006, N 30 ss; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/JASMIN STÖSSEL, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (éd.), *Strafrecht I. Art. 1–136 StGB, Basler Kommentar*, 4^e éd., Bâle 2019, intro. art. 111 N 12 ss.

12 CourEDH, arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, req. 2346/02, § 67.

13 CourEDH, arrêt *Haas c. Suisse* du 20 janvier 2011, req. 31322/07, § 51. Voir dans ce sens aussi GIORGIO MALINVERNI *et al.*, *Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux*, 4^e éd., Berne 2021, N 312; MINELLI (note 9), EMRK, p. 492 ss; FRANK TH. PETERMANN, *Der Entwurf eines Gesetzes zur Suizid-Prävention*, PJA 2004, p. 1126 ss; ROUILLER/ROUSSIANOS (note 11), N 18.

14 CourEDH, arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, req. 2346/02, § 40; SCHABAS (note 7), p. 132 ss; critique: STEPHAN BREITENMOSER, *Das Recht auf Sterbehilfe im Lichte der EMRK*, in: Frank Th. Petermann (éd.), *Sterbehilfe. Grundsätzliche und praktische Fragen*, Saint-Gall 2006, p. 181 ss.

quent, l'État n'a pas à approuver les actes qui ont pour objectif la mort d'un être humain¹⁵.

Dans un cas qui s'est présenté devant la CourEDH concernant la Suisse (arrêt Haas) en 2011, la personne souhaitait obtenir, sans prescription médicale, une substance létale, à savoir du pentobarbital sodique, les prescriptions médicales qu'elle avait sollicitées lui ayant été refusées. Elle soutenait que l'art. 8 CEDH garantissait le droit de décider de sa propre mort et qu'une ingérence de l'État dans ce droit n'était admissible que dans les conditions énoncées à l'art. 8 par. 2 CEDH. Selon elle, l'obligation de présenter une ordonnance médicale afin d'obtenir la substance nécessaire à la commission d'un suicide et l'impossibilité de se procurer une telle ordonnance constituaient une ingérence dans son droit au respect de sa vie privée. Or, selon l'intéressé, si cette ingérence reposait certes sur une base légale (notamment plusieurs dispositions de la Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux¹⁶) et poursuivait un but légitime, elle n'était, dans son cas, pas proportionnée.

D'après l'intéressé, la liberté personnelle et la protection de la vie privée comprenaient le droit au suicide et conféraient à chacun le droit de pouvoir y procéder sans risque et sans souffrance. Afin que les droits et libertés garantis par la CEDH ne soient pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs, les autorités suisses devaient lui donner l'autorisation de se procurer la substance létale sans prescription médicale. Sa volonté libre et réfléchie de mettre fin à ses jours sans que cela ne suscite de danger pour des tiers ou pour lui-même devait être respectée. Ceci serait valable quand bien même il n'était pas atteint lui-même du point de vue physique, mais du point de vue psychique. Le droit au suicide devait être garanti à toute personne, pas seulement celles qui se trouvent dans une phase terminale de la vie¹⁷.

S'agissant de la position de l'État suisse, il était essentiel de distinguer le droit à sa propre mort, qui n'est pas remis en question, de la prétention, que faisait valoir l'intéressé, à un droit à l'assistance au suicide de la part de l'État ou de tiers, droit qui ne se laisse en aucun cas déduire ni de l'art. 10 al. 2 de la Constitution fédérale suisse, ni de l'art. 8 par. 1 CEDH. En effet, un droit de la personne souhaitant mourir de se voir accorder une assistance lors de son suicide ou une euthanasie active au cas où elle ne serait pas en mesure de mettre fin à sa vie elle-même n'existe pas¹⁸.

15 CourEDH, arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, req. 2346/02, § 55 ss; critique: BREITENMOSER (note 14), p. 189 ss.

16 Loi sur les produits thérapeutiques, LPT; RS 812.21.

17 ATF 133 I 58, JdT 2008 I 349, c. 5.

18 ATF 133 I 58, JdT 2008 I 349, c. 6.2.1 et les nombreuses références citées. Voir à ce propos notamment *HOTELIER/MOCK/PUÉCHAVY* (note 2), p. 83 ss; GRÉGOR PUPPINCK/CLAIRE DE LA HOUGUE, *Le droit au suicide assisté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Jusletter 27 janvier 2014, N 15 ss.

La CourEDH a relevé que l'affaire Haas se distinguait de l'affaire Pretty en ce sens qu'elle ne concernait pas la liberté de mourir et l'éventuelle impunité de la personne prêtant son assistance à un suicide mais celle de savoir si, en vertu de l'art. 8 CEDH, l'État doit faire en sorte que l'intéressé puisse obtenir une substance létale sans ordonnance médicale, par dérogation à la législation nationale, afin de se suicider sans douleur et sans risque d'échec¹⁹. La Cour a ainsi analysé la question sous l'angle d'une obligation positive pour l'État suisse de prendre les mesures nécessaires permettant un suicide dans la dignité, ce qui supposait une pesée des différents intérêts en jeu, dans le cadre duquel l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation et la Cour est compétente pour contrôler la conformité de la décision nationale avec les exigences de la Convention²⁰.

Dans son analyse, la Cour a précisé qu'il y avait lieu de lire la CEDH «comme un tout»²¹ et de se référer, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle violation de l'art. 8, à l'art. 2 CEDH imposant aux autorités étatiques le devoir de protéger les personnes vulnérables même contre des agissements par lesquels elles menacent leur propre vie²². Concrètement, la Cour a mis en balance, d'une part, «la volonté du requérant de se suicider de manière sûre, digne et sans douleur ni souffrances superflues, compte tenu notamment du nombre élevé de tentatives de suicide qui échouent et qui ont souvent des conséquences graves pour les intéressés et leurs proches»²³ et, d'autre part, l'objectif légitime poursuivi par la réglementation suisse de protéger toute personne d'une prise de décision précipitée et de prévenir les abus, et, notamment, d'éviter qu'un patient privé de discernement obtienne une dose mortelle de substance létale²⁴. La Cour a constaté, au demeurant, que la Suisse connaissait une législation et une pratique qui «permettent un accès relativement facile au suicide assisté»²⁵ et que, lorsque tel est le cas, des mesures appropriées de mise en œuvre et de prévention des abus s'imposaient²⁶.

Dans une autre affaire concernant la Suisse (arrêt Gross, rendu en 2013), une octogénaire qui ne voulait pas voir ses facultés physiques et mentales décliner

19 CourEDH, arrêt Haas c. Suisse du 20 janvier 2011, req. 31322/07, § 52.

20 CourEDH, arrêt Pretty c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, req. 2346/02, § 70; CourEDH, arrêt Haas c. Suisse du 20 janvier 2011, req. 31322/07, § 53. Réaffirmé in: CourEDH (GC), arrêt Lambert et autres c. France du 5 juin 2015, req. 46043/14, § 144. Pour une critique, voir HECTOR ENTENZA, La réglementation légale suisse en matière d'accès à l'assistance au suicide: réflexions autour de l'arrêt Gross c. Suisse, RSDIE 2014, p. 199 ss.

21 CourEDH (GC), arrêt Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (N° 2) du 30 juin 2009, req. 32772/02, § 83; CourEDH, arrêt Haas c. Suisse du 20 janvier 2011, req. 31322/07, § 54.

22 CourEDH, arrêt Haas c. Suisse du 20 janvier 2011, req. 31322/07, § 54.

23 CourEDH, arrêt Haas c. Suisse du 20 janvier 2011, req. 31322/07, § 56.

24 La Cour renvoie, *mutatis mutandis*, pour la question des restrictions à l'avortement, à CourEDH, arrêt Tysiàc c. Pologne du 24 septembre 2007, req. 5410/03, § 116.

25 CourEDH, arrêt Haas c. Suisse du 20 janvier 2011, req. 31322/07, § 57.

26 CourEDH, arrêt Haas c. Suisse du 20 janvier 2011, req. 31322/07, § 57.

s'était adressée en vain à plusieurs médecins afin que lui soit prescrite une substance mortelle. Le Tribunal fédéral a rejeté son recours en dernière instance nationale²⁷; l'affaire a été portée devant la CourEDH. Cette dernière s'est penchée sur la question de savoir si la Suisse avait manqué à son obligation positive de définir suffisamment clairement dans quelles circonstances les médecins pouvaient remettre une ordonnance à une personne dans la situation de l'intéressée. La Cour est arrivée à la conclusion que le droit suisse, bien que prévoyant la possibilité d'obtenir une dose létale de pentobarbital sodique sur ordonnance, n'offrait pas d'orientations suffisantes pour déterminer clairement la portée du droit de mettre fin à ses jours. En particulier, elle a constaté que l'intéressée devait s'être trouvée dans un «état d'angoisse et d'incertitude [...], ce qui n'aurait pas été le cas s'il avait existé des orientations claires et approuvées par l'État définissant les circonstances dans lesquelles les médecins pourraient établir l'ordonnance demandée dans les affaires où un individu est parvenu à la décision grave, dans l'exercice de sa volonté libre, de mettre fin à ses jours, mais où la mort n'est pas imminente en conséquence d'un état médical spécifique»²⁸. L'art. 8 CEDH avait partant été violé. Il sied de préciser que l'arrêt en question n'est pas entré en force: l'affaire a été renvoyée, sur requête de l'État suisse, devant la Grande Chambre. Celle-ci a conclu à un abus de droit de la part de l'intéressée qui avait demandé, après avoir finalement obtenu un produit létal, que son décès (survenu alors que sa cause était pendante) ne soit pas divulgué, afin que la CourEDH rende une décision²⁹.

Dans le prolongement des arrêts Haas et Gross, le Tribunal fédéral a, en 2016, confirmé une modification de la législation neuchâtoise traitant de l'assistance au suicide qui prévoyait, d'une part, que toute personne capable de discernement a le droit de choisir les modalités et le moment de sa mort et, d'autre part, que les institutions reconnues d'utilité publique doivent respecter le choix d'une personne patiente ou résidente de bénéficier d'une assistance au suicide en leur sein, par une aide extérieure à l'institution, moyennant un certain nombre de conditions. Le Tribunal fédéral a décidé que les dispositions en question garantissaient «l'effectivité de la liberté de choisir la forme et le moment de la fin de la vie pour les résidents et les patients des institutions reconnues d'utilité publique, à savoir une liberté qui, sans cet acte normatif, resterait théorique pour les personnes concernées»³⁰. Il a considéré que, bien que la liberté de mourir, telle que garantie par les art. 10 al. 2 Cst. et 8 CEDH, n'impliquait que la personne qui veut mettre fin à ses jours, l'assistance au suicide faisait intervenir un tiers qui fournira à la personne concernée de quoi commettre elle-même cet acte. Le Tribunal fédéral a toutefois constaté «que la nouvelle elle-

27 TF, 2C_9/2010, 12.04.2010.

28 CourEDH, arrêt Gross c. Suisse du 14 mai 2013, req. 67810/10, § 66 ss.

29 CourEDH (GC), arrêt Gross c. Suisse du 30 septembre 2014, req. 67810/10, § 30 ss.

30 ATF 142 I 195, c. 4.

même n'induit pas une obligation de l'État dans le sens où ce n'est pas l'État, ou l'institution chargée d'une tâche d'utilité publique, qui doit organiser la procédure relative à l'assistance au suicide; elle ne fait qu'imposer aux institutions reconnues d'utilité publique, certes par le biais d'une mesure du législateur, de tolérer la présence des organisations privées d'aide au suicide et prohibe les entraves pratiques qui pourraient être instaurées pour empêcher cette assistance. L'acte normatif ne consacre ainsi pas un droit de mourir avec l'aide de l'État: il rend effectif le droit à l'autonomie personnelle qui permet à un individu de choisir la manière dont il entend mourir, par exemple en ayant recours au suicide assisté³¹. Les dispositions neuchâtelaises ont été jugées compatibles avec la jurisprudence de la CourEDH en ce sens que le législateur cantonal n'avait fait que concrétiser, pour les personnes en institutions reconnues d'utilité publique, le droit de mourir tel qu'il existe pour les personnes n'étant pas dépendantes d'une institution, sans pour autant que la personne puisse exiger de l'État qu'il lui fournisse directement l'assistance au suicide³².

Au regard des considérations qui précèdent, on peut se demander toutefois dans quelle mesure le droit pénal suisse, et en particulier l'art. 114 CP (meurtre sur la demande de la victime), est compatible avec les exigences posées par la CEDH³³. En effet, le fait de rendre pénalement répréhensible le comportement consistant à aider une personne dans une situation extrême pourrait être incompatible notamment avec le droit à l'autodétermination au regard de l'art. 8 CEDH et de la dignité humaine³⁴ en lien avec l'interdiction des traitements inhumains et dégradants prévue à l'art. 3 CEDH³⁵. Le débat est vif au sein de la doctrine depuis de nombreuses années à ce propos³⁶.

2. *Droit de subvenir à son minimum vital en recourant à la mendicité*

Dans le cadre de la compatibilité du droit pénal suisse avec l'art. 8 CEDH, la CourEDH a récemment eu l'occasion de se pencher (arrêt Lacatus) sur l'inter-

31 ATF 142 I 195, c. 4.

32 ATF 142 I 195, c. 4.

33 En général, voir PHILIPP CANDREIA/PHYLLIS SCHOLL, *Rahmenbedingungen der EMRK für die nationale Ausgestaltung der Sterbehilfe*, in: Patrick Sutter/Ulrich Zelger (éd.), *30 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven*, Berne 2005.

34 À propos de cette notion en lien avec l'art. 8 CEDH, voir notamment, CourEDH, arrêt Lacatus c. Suisse du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 56 et les références citées.

35 Dans ce sens, HURTADO POZO (note 9), p. 223; VANESSA LUCAS, *La légalisation de l'euthanasie active en Suisse: plaidoyer pour l'ajout d'un alinéa 2 à l'article 114 du Code Pénal*, Jusletter 13 octobre 2012 et les nombreuses références citées; MINELLI (note 9), EMRK, p. 492; MINELLI (note 9), *Recht*, p. 577.

36 Voir à ce propos notamment URSULA CASSANI, *Le droit pénal suisse face à l'assistance au décès*, in: Dominique Bertrand *et al.* (éd.), *Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales*, 3^e éd., Chêne-Bourg 2009, p. 81 ss et les nombreuses références citées; HOTTELIER (note 11), p. 110 ss; LUCAS (note 35); MALINVERNI *et al.* (note 13), N 313 ss; PUPPINCK/DE LA HOUGUE (note 18).

diction de la mendicité, telle que prévue dans la législation pénale genevoise. Aux termes de l'art. 11A de la Loi pénale genevoise³⁷ telle qu'en vigueur au moment des faits,

- «1. Celui qui aura mendié sera puni de l'amende.
2. Si l'auteur organise la mendicité d'autrui ou s'il est accompagné d'une ou plusieurs personnes mineures ou dépendantes, l'amende sera de 2 000 CHF au moins».

La loi genevoise prévoyait ainsi une interdiction générale de la mendicité, érigée en contravention, punie d'une amende d'un maximum de 10 000 CHF (art. 103 *cum* 106 al. 1 CP), convertible en une peine privative de liberté de substitution en cas de non-paiement (art. 106 al. 2 et 3 CP).

La CourEDH s'est prononcée pour la première fois dans cet arrêt sur la question de savoir si une personne qui se voit infliger une sanction pour avoir mendié pouvait se prévaloir de la protection de la vie privée et familiale couverte par l'art. 8 CEDH. Le Tribunal fédéral avait, quant à lui, considéré dans un arrêt de 2008³⁸ que la mendicité relevait de la liberté personnelle garantie par l'art. 10 al. 2 Cst. Dans l'arrêt attaqué devant la CourEDH dans la présente espèce, il a toutefois analysé la situation au regard de la liberté d'expression prévue à l'art. 10 CEDH³⁹.

S'agissant de l'aspect «vie privée» de l'art. 8 CEDH, la Cour a tout d'abord rappelé que cette notion était large et n'était pas susceptible d'une définition exhaustive, mais qu'elle pouvait englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu⁴⁰. La notion de vie privée comprend également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur⁴¹. Par ailleurs, la notion de la dignité humaine est sous-jacente à l'esprit de la CEDH et est évoquée dans la jurisprudence en lien avec l'art. 8; elle est sérieusement compromise si la personne concernée ne dispose pas de moyens de subsistance suffisants. Le fait de mendier est constitutif d'un mode de vie particulier afin de surmonter une situation inhumaine et précaire⁴².

S'agissant de la recevabilité du grief lié à la violation de l'art. 8 CEDH, la Cour se dit «prête à accepter que la mendicité permettait à la requérante d'acquiescer un revenu et d'atténuer sa situation de pauvreté. En interdisant la mendi-

37 LPG; RS/GE E 4 05.

38 ATF 134 I 214, c. 5.3. Voir VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, L'interdiction genevoise de la mendicité avalisée par le Tribunal fédéral: pas de réelle nouveauté, Jusletter 8 septembre 2008.

39 TF, 6B_530/2014, 10.09.2014, c. 2.

40 CourEDH, arrêt *Lacatus c. Suisse* du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 54; CourEDH, arrêt *Glor c. Suisse* du 6 novembre 2009, req. 13444/04, § 52; CourEDH, arrêt *Mikulic c. Croatie* du 4 septembre 2002, req. 53176/99, § 53.

41 CourEDH, arrêt *Lacatus c. Suisse* du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 55 et les références citées.

42 CourEDH, arrêt *Lacatus c. Suisse* du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 56 ss et les références citées.

citée de manière générale et en infligeant à la requérante une amende, assortie d'une peine d'emprisonnement pour non-exécution de la peine prononcée, les autorités suisses l'ont empêchée de prendre contact avec d'autres personnes afin d'obtenir une aide qui constitue, pour elle, l'une des possibilités de subvenir à ses besoins élémentaires»⁴³.

Face au constat de l'ingérence dans les droits de l'intéressée protégés par l'art. 8 CEDH, la Cour a analysé les conditions de l'art. 8 par. 2 CEDH, à savoir l'existence d'une base légale, la poursuite d'un but légitime et la nécessité de la mesure dans une société démocratique, analyse qui doit être opérée *in concreto*. Les deux premières conditions ne posaient pas de problème particulier, la Cour constatant au titre de la deuxième qu'il n'est pas exclu que «certaines formes de mendicité, en particulier ses formes agressives, puissent déranger les passants, les résidents et les propriétaires des commerces. Elle considère également comme valable l'argument tiré de la lutte contre le phénomène de l'exploitation des personnes, en particulier des enfants. L'ingérence visait ainsi a priori des buts légitimes au sens du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention, à savoir la défense de l'ordre et la protection des droits d'autrui»⁴⁴.

La troisième condition, relative à la nécessité de la mesure litigieuse, appliquée dans le cas concret, dans une société démocratique, a fait l'objet d'une analyse plus détaillée et a abouti au constat d'une violation de l'art. 8 CEDH, la Cour jugeant que «la sanction infligée à la requérante ne constituait une mesure proportionnée ni au but de la lutte contre la criminalité organisée, ni à celui visant la protection des droits des passants, résidents et propriétaires des commerces»⁴⁵. La Cour a estimé que la mesure par laquelle l'intéressée, «une personne extrêmement vulnérable, a été punie pour ses actes dans une situation où elle n'avait très vraisemblablement pas d'autres moyens de subsistance et, dès lors, pas d'autres choix que la mendicité pour survivre, a atteint sa dignité humaine et l'essence même des droits protégés par l'article 8. Dès lors, l'État défendeur a outrepassé la marge d'appréciation dont il jouissait en l'espèce»⁴⁶. Le respect de l'art. 8 CEDH aurait exigé, d'une part, que la législation suisse ne prévoie pas une interdiction générale de la mendicité et, d'autre part, que les autorités judiciaires suisses procèdent à un examen approfondi de la situation concrète du cas d'espèce, ce qui n'a pas été le cas d'après la Cour⁴⁷.

En réaction à l'arrêt rendu par la Cour, le droit genevois a été modifié. Adoptée en décembre 2021, la nouvelle teneur de l'art. 11A de Loi pénale genevoise est entrée en vigueur en février 2022. La disposition ne prévoit plus une interdiction générale de la mendicité comme c'était le cas auparavant, mais exclut

43 CourEDH, arrêt *Lacatus c. Suisse* du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 58.

44 CourEDH, arrêt *Lacatus c. Suisse* du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 97.

45 CourEDH, arrêt *Lacatus c. Suisse* du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 115.

46 CourEDH, arrêt *Lacatus c. Suisse* du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 115.

47 CourEDH, arrêt *Lacatus c. Suisse* du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 105 et 114.

les mendiants de certains lieux et prévoit de punir certains types de mendicité, notamment la mendicité accompagnée de mineurs, la mendicité organisée ou la mendicité agressive. Demeure la question de savoir si cette nouvelle teneur sera jugée compatible avec les exigences fixées par la CEDH.

III. La liberté d'expression (article 10 CEDH)

La liberté d'expression est protégée par l'art. 10 CEDH dont la teneur est la suivante:

- «1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. [...]
2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire».

Elle a son pendant dans la Constitution à l'art. 16 traitant des libertés d'opinion et d'information. Selon la jurisprudence constante de la CourEDH⁴⁸, la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Elle vaut non seulement pour les informations et les idées accueillies avec faveur par le public, ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent⁴⁹. Une telle approche découle du pluralisme, de la tolérance et de l'esprit d'ouverture qu'implique une société démocratique⁵⁰. La liberté d'expression est assortie d'exceptions, soumises aux conditions de l'art. 10 par. 2 CEDH.

48 CourEDH, arrêt *Haldimann c. Suisse* du 24 février 2015, req. 21830/09, § 44; CourEDH, arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, req. 5493/72, § 49; CourEDH, arrêt *Éditions Plon c. France* du 18 mai 2004, req. 58148/00, § 42; CourEDH (GC), arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* du 22 octobre 2007, req. 21279/02 et 36448/02, § 45; CourEDH, arrêt *Minelli c. Suisse* du 14 juin 2005, req. 14991/02, § 2. Voir aussi *HOTTELLIER/MOCK/PUÉCHAVY* (note 2), p. 225.

49 CourEDH, arrêt *Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004, req. 59320/00, § 58; CourEDH, arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, req. 5493/72, § 24. Voir aussi *BERTIL COTTIER*, in: Vincent Martenet/Jacques Dubey (éd.), *Constitution fédérale. Préambule – art. 80 Cst.*, Commentaire romand, Bâle 2021, art. 16 Cst. N 46.

50 CourEDH, arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, req. 5493/72, § 4. Sur ces aspects, voir aussi *LYSANDRE PAPAPOPOULOS, Perinçek et Dieudonné à Strasbourg: un sens uni-*

La liberté d'expression telle que protégée par l'art. 10 CEDH peut se trouver en opposition avec la protection pénale de plusieurs biens juridiques assurée par le droit pénal suisse, en particulier l'honneur, en lien plus spécifiquement avec la diffamation (*infra* B.III.1.), l'autorité publique s'agissant de l'interdiction de publication de débats officiels secrets (*infra* B.III.2.) et la paix publique, s'agissant de la discrimination raciale et de l'incitation à la haine (*infra* B.III.3.).

I. La liberté d'expression face à la diffamation

La liberté d'expression est régulièrement invoquée devant le Tribunal fédéral dans les cas de condamnation pour atteintes à l'honneur, protégées par les premières dispositions du Titre 3 de la partie spéciale du Code pénal suisse, en particulier en matière de diffamation (art. 173 CP). La question est particulièrement saillante dans le domaine du débat politique et lorsque les propos sont tenus par voie de presse.

La diffamation, prévue à l'art. 173 ch. 1 CP, vise à protéger la réputation d'être une personne honorable, c'est-à-dire le fait de se comporter comme une personne digne a coutume de le faire selon les conceptions généralement reçues⁵¹. De jurisprudence constante, l'honneur protégé par le droit pénal suisse est conçu de façon générale comme un droit au respect qui est lésé par toute assertion propre à exposer la personne visée au mépris en sa qualité d'homme⁵². L'incrimination de la diffamation représente une ingérence dans la liberté d'expression, en ce sens que certains propos ne peuvent être tenus sous peine de l'intervention de la justice pénale⁵³.

La protection de la liberté d'expression doit être mise en balance avec le droit au respect de la vie privée et familiale⁵⁴. Ainsi, la protection qui s'applique à une personnalité publique, voire relativement notoire, qui par exemple s'exprime dans divers médias, n'est pas la même que celle qui s'applique à un individu inconnu du public. La protection accordée par la CEDH dépend ainsi des circonstances du cas. En particulier, dans le débat politique, l'atteinte à l'honneur punissable ne doit être admise qu'avec retenue et, en cas de doute, niée⁵⁵.

voque pour la liberté d'expression appliquée au discours négationniste?, Jusletter 8 août 2016, N 16 ss, et les références citées.

51 ATF 137 IV 313, c. 2.1.1.; ATF 132 IV 112, c. 2.1. À propos de la présomption d'innocence (art. 6 par. 2 CEDH) au regard de la preuve libératoire de l'art. 173 ch. 2 CP, voir ATF 116 IV 31, JdT 1992 IV 28; ATF 122 IV 311, JdT 1998 IV 70; BEGÜM BULAK, La liberté d'expression face à la présomption d'innocence. Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la Convention et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Genève/Zürich/Bâle 2014, p. 115 ss et p. 347 ss et les références citées.

52 ATF 137 IV 313, c. 2.1.1.; ATF 132 IV 112, c. 2.1.

53 En général à ce propos, voir BULAK (note 51), p. 79 ss et 261 ss et les références citées.

54 CourEDH, arrêt Minelli c. Suisse du 14 juin 2005, req. 14991/02, § 2; CourEDH, arrêt Von Hannover c. Allemagne du 24 juin 2004, req. 59320/00, § 57 ss.

55 En général, voir PHILIP LEACH, Taking a Case to the European Court of Human Rights, 4^e éd., Oxford 2017, p. 468 ss. Voir aussi COTTIER (note 49), art. 16 Cst. N 49.

En effet, la liberté d'expression indispensable à tout État démocratique implique que les acteurs de la lutte politique acceptent de s'exposer à une critique publique, éventuellement violente, de leurs opinions politiques⁵⁶ et à un contrôle attentif de leurs faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens. Ils doivent, par conséquent, montrer une plus grande tolérance⁵⁷. Pour que la critique ou l'attaque porte atteinte à l'honneur, elle ne peut se limiter à rabaisser les qualités de l'homme politique et la valeur de son action, mais elle doit, par son contenu ou par sa forme, être propre à l'exposer au mépris en tant qu'être humain⁵⁸.

Il ressort de la jurisprudence constante de la CourEDH que la presse, tant écrite qu'audiovisuelle⁵⁹, joue un rôle essentiel dans une société démocratique. Si elle ne doit pas franchir certaines limites, concernant notamment la protection de la réputation et des droits d'autrui, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt public⁶⁰. Elle joue à ce titre un véritable rôle indispensable de «chien de garde»⁶¹.

La liberté d'expression de l'art. 10 CEDH n'est toutefois pas absolue, y compris en matière de débat politique, et des restrictions sont possibles, moyennant que les conditions de l'art. 10 par. 2 soient remplies: celui qui se prévaut de la liberté d'expression assume en effet «des devoirs et des responsabilités»⁶². Tel est le cas également des médias, même lorsque sont concernées des questions d'intérêt public. Les devoirs et responsabilités en question peuvent revêtir une importance particulière en cas de risque d'atteinte à la réputation d'une personne citée nommément ou, de manière plus générale, aux droits d'autrui.

56 ATF 137 IV 313, c. 2.1.4. À ce propos, voir ARJEN VAN RIJN, Freedom of Expression, in: Pieter van Dijk *et al.* (éd.), Theory and Practice of the European Convention of Human Rights, 5^e éd., Cambridge/Anvers/Portland 2018, p. 790 ss.

57 CourEDH (GC), arrêt Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France du 22 octobre 2007, req. 21279/02 et 36448/02, § 46 et les références citées; CourEDH, arrêt Brésilier c. France du 11 avril 2006, req. 71343/01, § 41; ATF 137 IV 313, c. 3.3.2.

58 ATF 128 IV 53, c. 1a; ATF 131 IV 23, c. 2.1; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3^e éd., Berne 2010, art. 173 N 10; FRANZ RIKLIN, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (éd.), Strafrecht II. Art. 137–392 StGB. Jugendstragesetz, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2019, intro. art. 173 N 25.

59 CourEDH (GC), arrêt Jersild c. Danemark du 23 septembre 1994, req. 15890/89, § 31.

60 CourEDH, arrêt Minelli c. Suisse du 14 juin 2005, req. 14991/02, § 2; CourEDH, arrêt Handy-side c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976, req. 5493/72, § 49.

61 CourEDH, arrêt Haldimann c. Suisse du 24 février 2015, req. 21830/09, § 45; CourEDH (GC), arrêt Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège du 20 mai 1999, req. 21980/93, § 59 et 62; CourEDH (GC), arrêt Pedersen et Baadsgaard c. Danemark du 17 décembre 2004, req. 49017/99, § 71. Voir aussi LUC GONIN, in: Luc Gonin/Olivier Bigler (éd.), Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Berne 2018, art. 10 N 32 et les références citées; GRABENWARTER (note 212), art. 10 N 11 ss.

62 À ce propos, voir CourEDH (GC), arrêt Stoll c. Suisse du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 102; CourEDH (GC), arrêt Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France du 22 octobre 2007, req. 21279/02 et 36448/02, § 51; ATF 137 IV 313, c. 3.3.2.

Ainsi, il doit exister des motifs spécifiques pour que les médias puissent se trouver exemptés de l'obligation qui leur incombe en principe de vérifier leurs informations et de ne pas publier de déclarations factuelles diffamatoires⁶³. Les journalistes doivent dès lors agir de bonne foi et fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique⁶⁴. Les déclarations factuelles doivent être vérifiées; plus l'allégation attentatoire à l'honneur est sérieuse, plus la base factuelle sur laquelle elle repose doit être solide⁶⁵. Une certaine dose d'exagération, voire de provocation, est toutefois permise⁶⁶.

À ce titre, la CourEDH a notamment eu l'occasion de se prononcer sur des propos contenus dans un roman visant notamment Jean-Marie Le Pen, ancien président du Front national français. Ce dernier y était assimilé à un «chef de bande de tueurs» et il y était affirmé que l'assassinat perpétré par un personnage (de fiction) avait été «recommandé» par lui. Il était qualifié de «vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs mais aussi parfois de leur sang»⁶⁷. La Cour a décidé que les propos en question dépassaient les limites admises et que, même dans le débat politique, il fallait conserver un minimum de modération et de bienséance, ce d'autant que la réputation d'un politicien, aussi controversé puisse-t-il être, devait bénéficier de la protection garantie par la CEDH. À cet égard, la nature des termes employés est particulièrement importante: les propos seront incompatibles avec la liberté d'expression si l'intention qu'ils expriment consiste à stigmatiser l'adversaire et s'ils sont de nature à attiser la violence et la haine, excédant ainsi ce qui est tolérable dans le débat politique, même à l'égard d'une personnalité occupant, sur l'échiquier politique, une position extrémiste⁶⁸.

Le Tribunal fédéral a, quant à lui, dû se prononcer sur le cas du rédacteur d'un article paru dans un hebdomadaire intitulé «Comme un parfum des années 1930»⁶⁹. Au centre de l'article, sur une partie importante de la page figurait un

63 CourEDH, arrêt *Haldimann c. Suisse* du 24 février 2015, req. 21830/09, § 46; CourEDH (GC), *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* du 17 décembre 2004, req. 49017/99, § 78; CourEDH, arrêt *Tønssbergs Blad A.S. et Haukom c. Norvège* du 1^{er} mars 2007, req. 510/04, § 89.

64 Voir notamment CourEDH, arrêt *Brunet Lecomte et Lyon Mag c. France* du 6 mai 2010, req. 17265/05, § 41; CourEDH (GC), arrêt *Stoll c. Suisse* du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 103 ss; CourEDH (GC), arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* du 22 octobre 2007, req. 21279/02 et 36448/02, § 67; CourEDH, arrêt *Cumpana et Mazare c. Roumanie* du 17 décembre 2004, req. 33348/96, § 102; RIKLIN (note 58), art. 173 N 65 ss.

65 CourEDH (GC), arrêt *Pederson et Baadsgaard c. Danemark* du 17 décembre 2004, req. 49017/99, § 78 et les références citées.

66 CourEDH, arrêt *Brunet Lecomte et Lyon Mag c. France* du 6 mai 2010, req. 17265/05, § 42; CourEDH (GC), arrêt *Stoll c. Suisse* du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 148. Voir aussi COTTIER (note 49), art. 16 Cst. N 53 ss.

67 CEDH (GC), arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* du 22 octobre 2007, req. 21279/02 et 36448/02, § 57 et les références citées.

68 CourEDH (GC), arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* du 22 octobre 2007, req. 21279/02 et 36448/02, § 57 et les références citées.

69 ATF 137 IV 313. Sur cet arrêt, voir les commentaires de HERVÉ DUTOIT, *Réflexions autour de l'atteinte à l'honneur par voie de presse et sur la preuve libératoire de l'art. 173 ch. 2 CP*. À la lumière de l'ATF 137 IV 313, Jusletter 2 avril 2012.

photomontage présentant, sur un fond noir, le portrait d'un homme politique à côté de celui d'Adolf Hitler accompagné du sous-titre, en grands caractères, «Autrichiens: on a déjà donné!». Le texte de l'article évoquait notamment différents comportements et méthodes prétendument adoptés par le parti politique en question et ses membres, indiquant que «bref, cela sent bon les années 1930». En application de la jurisprudence de la CourEDH exposée ci-dessus, le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation pour diffamation, indiquant que la restriction à la liberté d'expression était proportionnée puisque «[m]ême dans un débat politique, il ne peut en effet être admis de comparer un adversaire politique au plus grand criminel du vingtième siècle. La protection de l'honneur de la personne visée doit ici l'emporter sur le droit du recourant de s'exprimer librement»⁷⁰.

2. *La liberté d'expression face à l'interdiction de publication de débats officiels secrets*

L'infraction prévue par le Code pénal suisse consistant en la publication des débats officiels secrets (art. 293 CP) a fait l'objet de plusieurs arrêts rendus par la CourEDH en lien avec l'art. 10 CEDH. Dans sa teneur actuelle, l'art. 293 al. 1 CP se lit comme suit:

«Celui qui aura livré à la publicité tout ou partie des actes, d'une instruction ou des débats d'une autorité qui sont secrets en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité conformément à la loi, sera puni de l'amende».

L'art. 293 al. 3 CP avait, jusqu'en 2018, la teneur suivante:

«Le juge pourra renoncer à toute peine si le secret livré à la publicité est de peu d'importance».

La CourEDH a eu l'occasion de s'exprimer sur des condamnations prononcées en Suisse en application de cette disposition. Ainsi, l'affaire Stoll, traitée par la Grande Chambre en 2007, portait sur la condamnation d'un journaliste sanctionné pour avoir publié deux articles citant plusieurs passages d'un document stratégique confidentiel rédigé par l'ambassadeur de Suisse aux États-Unis à propos des fonds juifs en déshérence. Constatant que la condamnation constituait manifestement une ingérence dans la liberté d'expression du journaliste, la CourEDH s'est demandé si cette ingérence était nécessaire dans une société démocratique (art. 10 par. 2 CEDH). La Cour a ainsi rappelé le rôle essentiel des médias⁷¹, mais aussi le fait que les journalistes ne sauraient en principe être déliés, par la protection que leur offre l'art. 10, de leur devoir de respecter le

⁷⁰ ATF 137 IV 313, c. 3.6.

⁷¹ CourEDH (GC), arrêt Stoll c. Suisse du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 101 ss et les références citées. Voir aussi GERHARD FIOLKA, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger

droit pénal étatique, même lorsqu'il s'agit de rendre compte dans la presse de questions sérieuses d'intérêt général. La garantie donnée par l'art. 10 CEDH aux journalistes est subordonnée à la condition que les personnes en question «agissent de bonne foi sur la base de faits exacts» et fournissent des informations «fiables et précises» dans le respect de la déontologie journalistique⁷², en particulier la manière dont les informations sont présentées⁷³. Dans son analyse, la Cour a rappelé aussi que lorsque la liberté de la presse est en jeu, il a lieu d'être particulièrement vigilant: les autorités nationales ne disposent que d'une marge d'appréciation restreinte pour juger de l'existence d'un «besoin social impérieux»⁷⁴ et la Cour doit faire preuve de la plus grande prudence lorsque les mesures prises ou les sanctions infligées par l'État sont de «nature à dissuader la presse de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime»⁷⁵. Il doit être tenu compte de plusieurs critères, à savoir les intérêts en présence, le contrôle exercé par les juridictions internes, le comportement de l'intéressé et la proportionnalité de la sanction prononcée⁷⁶.

Au terme de son analyse dans l'affaire Stoll, la Grande Chambre a estimé que la divulgation des passages litigieux du rapport, à ce moment-là, pouvait avoir des répercussions négatives sur le bon déroulement des négociations entamées par la Suisse⁷⁷. Par ailleurs, les articles en cause donnaient l'impression que le journaliste avait pour intention première non pas d'informer le public, mais de faire du rapport en question un sujet de scandale inutile⁷⁸. Elle a ainsi

(éd.), *Strafrecht II. Art. 137–392 StGB. Jugendstragesetz, Basler Kommentar*, 4^e éd., Bâle 2019, art. 293 N 27.

72 CourEDH (GC), arrêt Stoll c. Suisse du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 103.

73 CourEDH (GC), arrêt Stoll c. Suisse du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 104. Voir aussi CourEDH (GC), arrêt Mamatkoulou et Askarov c. Turquie du 4 février 2005, req. 46827/99 et 46951/99, § 121.

74 Voir notamment CourEDH, arrêt Éditions Plon c. France du 18 mai 2004, req. 58148/00, § 44; CourEDH, arrêt Wingrove c. Royaume-Uni du 25 novembre 1996, req. 17419/90, § 58.

75 CourEDH (GC), arrêt Stoll c. Suisse du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 106.

76 CourEDH (GC), arrêt Stoll c. Suisse du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 112.

77 Sur la condition du «secret», voir CourEDH, arrêt Weber c. Suisse du 22 mai 1990, req. 11034/84, § 49 ss ainsi que JEAN GAUTHIER, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la législation pénale vaudoise*, in: Jean-Marc Rapp/Pierre-André Oberson (éd.), *Droit cantonal et Droit fédéral, Mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du 100^e anniversaire de la loi sur l'Université de Lausanne*, Lausanne 1991, p. 107 ss; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMAN, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis*, 2^e éd., Berne 1999, p. 289 ss; HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY (note 2), p. 263 ss. En lien avec cet aspect, d'après HANSPETER MOCK, *Indiscrétions par voie de presse. Pas de protection particulière des documents diplomatiques, mais tout n'est pas pour autant permis ... Épilogue à Strasbourg de l'affaire Stoll contre la Suisse*, PJA 2008, p. 305, l'arrêt élude la question de savoir si la correspondance diplomatique ne devrait pas faire l'objet d'une protection particulière par rapport aux autres informations confidentielles.

78 CourEDH (GC), arrêt Stoll c. Suisse du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 132 et 145. Voir aussi HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY (note 2), p. 278 ss; MOCK (note 77), p. 307.

conclu, à l'inverse de l'instance précédente⁷⁹, à l'absence de violation de l'art. 10 CEDH.

Deux affaires concernant la Suisse ont porté sur des questions voisines. Dans l'affaire Bédât en 2016, la Grande Chambre s'est prononcée sur la compatibilité de la condamnation, avec l'art. 10 CEDH, prononcée à l'encontre d'un journaliste qui avait publié des procès-verbaux d'audition et des lettres que le prévenu dans l'affaire du Drame du Grand Pont à Lausanne avait adressées au juge. La Cour a souligné l'importance du secret de l'instruction, de l'impartialité de la justice, de la présomption d'innocence et plus généralement des droits de l'accusé, notamment le droit à la personnalité. Elle a conclu à l'absence de violation de l'art. 10 CEDH, en insistant sur le devoir de l'État de protéger la vie privée des prévenus dans la procédure pénale, sous l'angle de l'art. 8 CEDH⁸⁰.

Dans l'affaire Y en 2017, la CourEDH a, à nouveau, rappelé l'importance de la mise en balance de la «fonction des médias consistant à communiquer de telles informations et idées» à laquelle il y avait lieu d'ajouter le droit, pour le public, d'en recevoir, d'une part et, d'autre part, le droit de chacun de «bénéficier d'un procès équitable tel que garanti [à l'art. 6 par. 1 CEDH], ce qui, en matière pénale, comprend le droit à un tribunal impartial» et le droit d'être présumé innocent⁸¹. Ainsi, «les journalistes qui rédigent des articles sur des procédures pénales en cours doivent s'en souvenir, car les limites du commentaire admissible peuvent ne pas englober des déclarations qui risqueraient, intentionnellement ou non, de réduire les chances d'une personne de bénéficier d'un procès équitable ou de saper la confiance du public dans le rôle tenu par les tribunaux dans l'administration de la justice pénale»⁸². Elle a constaté que la condamnation du journaliste dans cette affaire n'emportait pas une violation de l'art. 10 CEDH en ce sens que la publication litigieuse risquait d'influencer la procédure pénale en cours. Par ailleurs, la publication permettait d'identifier les victimes et décrivait de manière extensive et détaillée les atteintes à l'intégrité sexuelle qui avaient été reprochées au prévenu, en reproduisant des extraits tirés du dossier de l'instruction, ce type d'information appelant un haut degré de protection sous l'angle de l'art. 8 CEDH. Au demeurant, elle contenait des détails notamment quant aux infractions examinées et à la relation entre la

79 CourEDH, arrêt *Stoll c. Suisse* du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 50 ss. À propos de la condamnation de la Suisse prononcée en première instance, voir STÉPHANE WERLY, *Les affaires Dammann et Stoll: un double revers pour quelles conséquences?*, Jusletter 27 novembre 2006, N 21 ss.

80 CourEDH (GC), *Bédât c. Suisse* du 29 mars 2016, req. 56925/08, § 73 ss.

81 CourEDH, arrêt *Y c. Suisse* du 6 juin 2017, req. 22998/13, § 57 et les références citées, dont CourEDH (GC), *Bédât c. Suisse* du 29 mars 2016, req. 56925/08, § 51. À propos du droit à un procès équitable et du «*trial by newspaper*», voir DELPHINE BRUN, *Limites de la liberté de la presse selon les articles 10 § 2 CEDH et 293 CPS: un «mal» nécessaire justifié par le secret de l'enquête et des délibérations?*, Jusletter 25 novembre 2013, N 6 ss.

82 CourEDH, arrêt *Y c. Suisse* du 6 juin 2017, req. 22998/13, § 57; CourEDH (GC), *Bédât c. Suisse* du 29 mars 2016, req. 56925/08, § 51.

plaignante et le prévenu qui n'étaient nullement nécessaires pour atteindre le but d'information du public allégué par l'intéressé⁸³.

Tenant compte des considérations de la Cour dans ces différentes affaires, l'al. 3 de l'art. 293 CP a été modifié. Depuis le 1^{er} mars 2018, il se lit comme suit:

«L'acte n'est pas punissable si aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'opposait à la publication».

La disposition oblige l'autorité à procéder à la pesée des intérêts en présence et à se pencher sur le contenu du document publié⁸⁴. D'après la Commission des affaires juridiques du Conseil national, la nouvelle disposition «maintient la protection de l'activité gouvernementale et judiciaire, en préservant le processus de formation de la volonté des autorités et la bonne marche de la justice, et, partant, elle maintient la qualité et la sérénité de cette activité. Elle maintient également la protection des personnes privées (prévenus, victimes, témoins, etc.) participant à une procédure (pénale, civile ou administrative) contre la divulgation d'informations susceptibles de leur porter préjudice (atteinte au droit à un procès équitable, au principe de la présomption d'innocence ou encore à la personnalité des victimes). De plus, elle accroît la responsabilité des journalistes, qui sont confrontés à la question de l'opportunité de publier une information sensible»⁸⁵.

3. *La liberté d'expression face au discours négationniste*

Le discours négationniste est réprimé en droit suisse à l'art. 261^{bis} al. 4 CP, d'après lequel, sous l'intitulé général «Discrimination et incitation à la haine», est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire

«quiconque publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaisse ou discrimine d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle ou qui, pour la

83 CourEDH, arrêt *Y c. Suisse* du 6 juin 2017, req. 22998/13, § 68 et 89 ss.

84 Initiative parlementaire «Abrogation de l'article 293 CP» (objet parlementaire 11.489), Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 23 juin 2016, FF 2016 7105, p. 7114. WERLY (note 79), N 37 ss, s'interroge sur la compatibilité d'une modification de l'art. 293 CP avec la jurisprudence CEDH. Voir aussi AUDE BICHOVSKY, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (éd.), Code pénal II. Art. 111–392 CP, Commentaire romand, Bâle 2017, art. 291 N 27 ss; DENIS MASMEJAN, L'arrêt Stoll de la Cour européenne des droits de l'homme et ses conséquences possibles en droit suisse, Jusletter 28 janvier 2008, en particulier N 30 ss.

85 Initiative parlementaire «Abrogation de l'article 293 CP» (objet parlementaire 11.489), Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 23 juin 2016, FF 2016 7105, p. 7114. L'avis du Conseil fédéral va dans le même sens (Initiative parlementaire «Abrogation de l'article 293 CP» [objet parlementaire 11.489]), Avis du Conseil fédéral du 23 septembre 2016, FF 2016 7359.

même raison, nie, minimise grossièrement ou cherche à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité».

Une condamnation pour la tenue d'un discours négationniste entre en conflit avec la liberté d'expression telle que protégée à l'art. 10 par. 1 CEDH et, par tant, n'est acceptable qu'aux conditions prévues à l'art. 10 par. 2 CEDH.

Dans l'affaire *Perinçek*, la CourEDH⁸⁶ s'est exprimée sur une condamnation prononcée par la Suisse au regard de l'art. 261^{bis} al. 4 CP en lien avec des propos tenus en public par un homme politique turc et selon lesquels le génocide arménien était un mensonge international. La Cour a estimé que le Tribunal fédéral⁸⁷ s'était limité à analyser la prévisibilité de la condamnation et son but, *i.e.* la protection du droit des Arméniens, et n'avait pas procédé à l'étude de la condition posée par l'art. 10 par. 2 CEDH et exigeant que la restriction de la liberté d'expression soit «nécessaire dans une société démocratique», ne s'était pas penché sur les différents éléments s'y rapportant et n'avait pas effectué la mise en balance qu'impliquait cette condition⁸⁸.

Dans cette affaire, la Cour a opéré une distinction entre la négation de l'Holocauste et celle concernant d'autres événements historiques⁸⁹, en indiquant que

86 CourEDH, arrêt *Perinçek c. Suisse* du 17 décembre 2013, req. 27510/08, et CourEDH (GC), arrêt *Perinçek c. Suisse* du 15 octobre 2015, req. 27510/08. En général, voir notamment ANDREAS DONATSCH/MARC THOMMEN/WOLFGANG WOHLERS, *Strafrecht IV. Delikte gegen die Allgemeinheit*, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 239 ss; GERHARD FOLKA, CEDH, deuxième section, *Perinçek c. Suisse*, arrêt du 17 décembre 2013 – requête n° 27510/08, *forumpoenale* 2014, p. 78 ss; KATHARINA FONTANA, *Schlussstrich im Fall Perinçek – Eine Anpassung des Rassismuskriteriums ist laut Bundesamt für Justiz nicht nötig*, *NZZ* n° 42 20.02.2016, p. 19 ss; MARC FORSTER, *Fall Perinçek: Der Europäische Gerichtshof stellt das Leugnen des Genozids an den Armeniern unter den Schutz der Menschenrechte*, *forumpoenale* 2014, p. 53 ss; LORENZ LANGER, *Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Perinçek c. Suisse, Beschwerde Nr. 27510/08*, 17. Dezember 2013, *PJA* 2014, p. 1240 ss; MIRIAM MAZOU, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (éd.), *Code pénal II. Art. 111–392 CP, Commentaire romand*, Bâle 2017, art. 261^{bis} N 54; DORRIT SCHLEIMINGER METTLER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (éd.), *Strafrecht II. Art. 137–392 StGB. Jugendstragesetz, Basler Kommentar*, 4^e éd., Bâle 2019, art. 261^{bis} N 60 ss; FRANK MEYER/MARTA WIECKOWSKA, *Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2013 (Teil 2)*, *forumpoenale* 2015, p. 54 ss; FRANK MEYER/MARTA WIECKOWSKA, *Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2015*, *forumpoenale* 2016, p. 387; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/GERHARD FOLKA, *Art. 261^{bis} StGB und die Meinungsäusserungsfreiheit*, in: GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (éd.), *Gedanken zur Rassismus-Strafnorm, 20 Jahre Art. 261^{bis} StGB*, Zurich/St-Gall 2016, p. 85 ss; HANS VEST/MANON SIMON, *EGMR, Grand Chamber, Perinçek v. Switzerland (Perinçek II)*, *Urteil vom 15. Oktober 2015 – Application no. 27510/08, PJA* 2016, p. 535 ss.

87 TF, 6B_398/2007, 12.12.2007.

88 CourEDH (GC), arrêt *Perinçek Suisse* du 15 octobre 2015, req. 27510/08, § 278 ss.

89 CourEDH, arrêt *Perinçek c. Suisse* du 17 décembre 2013, req. 27510/08, § 240 ss; PAPAPOPOULOS (note 50), N 39 ss. Pour une critique à l'égard d'une telle distinction, voir CourEDH, arrêt *Perinçek c. Suisse* du 17 décembre 2013, req. 27510/08, *Opinion en partie dissidente des juges Vučinić et Pinto de Albuquerque*, § 22 ss, et les références citées par PAPAPOPOULOS (note 50), note 137. Sur la problématique de la qualification de génocide, voir aussi FRANÇOIS CHAIX/BERNARD BERTOSSA, *La répression de la discrimination raciale: lois d'exceptions?*, *SJ* 2002 II, p. 183 ss; GONIN (note 61), art. 10 N 92.

«criminaliser la négation de l'Holocauste ne se justifie pas tant parce qu'il constitue un fait historique clairement établi, mais parce que, au vu du contexte historique dans les États en question – les affaires examinées par l'ancienne Commission et par la Cour concernaient jusqu'à présent l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique et la France [...] –, sa négation, même habillée en recherche historique impartiale, traduit invariablement une idéologie antidémocratique et antisémite. La négation de l'Holocauste est donc dangereuse à double titre, surtout dans les États qui ont connu les horreurs nazies et dont on peut estimer qu'ils ont une responsabilité morale particulière: se distancer des atrocités de masse commises par eux ou avec leur complicité, notamment en en prohibant la négation»⁹⁰. S'agissant des événements survenus en 1915 et les années suivantes dans l'Empire ottoman, «nul ne soutient qu'il existe un lien direct entre la Suisse et [ceux-ci]. Le seul lien direct pourrait découler de la présence d'une communauté arménienne sur le sol suisse, mais il est ténu. C'est ce que confirment les observations du gouvernement suisse, d'où il ressort clairement que la polémique déclenchée par le requérant était extérieure à la vie politique suisse, ainsi que, dans une certaine mesure, le jugement du tribunal de police qui, en prononçant un sursis partiel, a relevé que l'accusé était étranger et retournerait dans son pays [...]. De plus, rien ne prouve qu'à l'époque où le requérant a tenu ses propos le climat en Suisse était tendu et risquait de générer de graves frictions entre les Turcs et les Arméniens qui y vivaient»⁹¹.

Au sujet des propos tenus par l'intéressé, la Grande Chambre a considéré que ceux-ci, «appréciés comme un tout ainsi que dans leur contexte immédiat et plus général, ne peuvent pas être assimilés à des appels à la haine, à la violence ou à l'intolérance envers les Arméniens»⁹². La Cour a constaté qu'ils étaient «virulents et leur auteur était intransigeant, mais il faut reconnaître qu'ils comportaient apparemment un élément d'exagération, car ils cherchaient à attirer l'attention»⁹³.

Par ailleurs, la Cour a indiqué avoir tenu compte du contexte dans lequel les propos ont été tenus et précisé qu'il n'était pas marqué par de fortes tensions ni par des antécédents historiques particuliers en Suisse. Elle a jugé que «les propos ne pouvaient être regardés comme ayant attenté à la dignité des membres de la communauté arménienne au point d'appeler une réponse pénale en Suisse, qu'aucune obligation internationale n'imposait à la Suisse de criminaliser des propos de cette nature, que les tribunaux suisses apparaissent avoir censuré le requérant pour avoir exprimé une opinion divergente de celles ayant cours en Suisse, et que l'ingérence a pris la forme grave d'une condamnation pénale»⁹⁴.

90 CourEDH (GC), arrêt *Perinçek Suisse* du 15 octobre 2015, req. 27510/08, § 243.

91 CourEDH (GC), arrêt *Perinçek Suisse* du 15 octobre 2015, req. 27510/08, § 244.

92 CourEDH (GC), arrêt *Perinçek Suisse* du 15 octobre 2015, req. 27510/08, § 239.

93 CourEDH (GC), arrêt *Perinçek Suisse* du 15 octobre 2015, req. 27510/08, § 239.

94 CourEDH (GC), arrêt *Perinçek Suisse* du 15 octobre 2015, req. 27510/08, § 280.

La Cour a ainsi conclu qu'il n'était pas nécessaire, dans une société démocratique, de condamner pénalement l'intéressé afin de protéger les droits de la communauté arménienne qui étaient en jeu. Elle a donc constaté une violation de l'art. 10 par. 2 CEDH⁹⁵.

Il sied de relever que, dans le prolongement de l'affaire Perinçek, la Cour a encore condamné la Suisse pour violation de l'art. 10 CEDH dans l'affaire Mercan, l'intéressé ayant lui aussi contesté publiquement l'existence du génocide arménien⁹⁶. La jurisprudence Perinçek a ensuite été appliquée en Suisse dans une affaire relative à des propos négationnistes en lien avec le massacre de Srebrenica⁹⁷, dans lequel le Tribunal fédéral a en particulier expliqué que les propos tenus par l'intéressé, «[n]on comportano tuttavia un'incitazione all'odio, alla violenza o all'intolleranza o una loro giustificazione, né rimproveri ai Mussulmani bosniaci. [...] Benché indubbiamente irrispettosi e offensivi della memoria e delle sofferenze delle vittime, dei loro familiari e in generale dei membri dell'intera comunità dei Mussulmani bosniaci, gli scritti dell'insorgente non possono essere considerati lesivi della loro dignità al punto da richiedere un intervento penale, che peraltro nessun obbligo internazionale impone di adottare»⁹⁸. Tenant compte du fait que la condamnation pénale constituait une ingérence importante dans la liberté d'expression, le Tribunal fédéral, se conformant à la jurisprudence de la CourEDH, a conclu qu'elle ne pouvait être considérée comme «nécessaire dans une société démocratique» et a annulé la condamnation prononcée par l'instance précédente, tout en affirmant que «in ogni caso [...] l'assenza di una condanna di questo genere non può essere ritenuta come una forma di legittimazione degli scritti in giudizio»⁹⁹.

C. L'influence de la CEDH sur le droit suisse de la coopération internationale en matière pénale

Après une partie introductive abordant des aspects généraux relatifs à l'influence de la CEDH sur le droit suisse de la coopération judiciaire internationale en matière pénale (*infra* C.I.), nous nous pencherons d'une part sur l'influence exercée par la CEDH sur la procédure de coopération conduite en

95 CourEDH (GC), arrêt Perinçek Suisse du 15 octobre 2015, req. 27510/08, § 280 ss. Pour une comparaison entre les affaires Perinçek (c. Suisse, req. 27510/08) et (Dieudonné) M'Bala M'Bala (c. France du 20 octobre 2015, req. 25239/13) et une analyse des solutions divergentes retenues par la Cour, voir PAPADOPOULOS (note 50).

96 CourEDH, arrêt Mercan c. Suisse du 28 novembre 2017, req. 18411/11, § 31 ss.

97 ATF 145 IV 23, JdT 2019 IV 107. Voir CASSANI *et al.*, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2018), SRIEL 2019, p. 448.

98 ATF 145 IV 23, JdT 2019 IV 107, c. 5.4.5.

99 ATF 145 IV 23, JdT 2019 IV 107, c. 5.4.5.

Suisse comme État requis (*infra* C.II.) et, d'autre part, sur la question de l'octroi et de l'étendue de la coopération en lien avec la procédure pénale menée dans l'État requérant (*infra* C.III.). Finalement, le principe même de l'extradition peut entrer en conflit avec un droit protégé par la CEDH, à savoir le respect de la vie privée et familiale visé à l'art. 8 CEDH (*infra* C.IV.).

I. Aspects généraux

Dans un premier temps, il s'agira de définir la coopération internationale telle que visée dans la présente contribution (*infra* C.I.1.) et discuter de l'application de la CEDH dans le domaine en question (*infra* C.I.2.). Ensuite, sera abordée l'obligation posée par la CourEDH de respecter la CEDH dans les procédures de coopération internationale en matière pénale et le contrôle qui doit être fait à cet égard par les autorités nationales mais aussi le rôle joué par la Cour elle-même (*infra* C.I.3.). Finalement, seront tour à tour étudiées les conséquences de la nature administrative de la procédure de coopération menée dans l'État requis d'une part (*infra* C.I.4.), et de la nature pénale de la procédure conduite dans l'État requérant la coopération, d'autre part (*infra* C.I.5.).

1. Définition de la coopération internationale en matière pénale

La coopération judiciaire internationale en matière pénale peut se définir de manière générale comme l'aide fournie par un État, dit requis, à un État, dit requérant, sur demande de ce dernier et pour les besoins d'une procédure pénale¹⁰⁰ qu'il conduit.

Plusieurs formes de coopération (ou entraide au sens large) sont connues des droits étatiques¹⁰¹:

- l'extradition, soit la remise de personnes aux fins de poursuite ou d'exécution de jugement dans l'État requérant;
- la délégation de la poursuite, soit le transfert de l'intégralité de la procédure pénale afin qu'elle soit continuée à l'étranger;
- l'exécution des décisions pénales¹⁰², soit le fait pour un État d'exécuter une décision rendue dans un autre État; et

100 Lorsque la coopération est demandée aux fins d'une procédure administrative, il est question d'assistance administrative. Pour un arrêt rendu en la matière et concernant la remise par la Suisse de documentation bancaire à la France, voir CourEDH, arrêt G.S.B. c. Suisse du 22 décembre 2015, req. 28601/11.

101 La terminologie ici retenue est celle du droit suisse, voir en particulier l'art. 1 al. 1 let. a à d de la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1).

102 Le transfèrement des personnes condamnées est une forme particulière d'exécution des décisions prononçant une sanction privative de liberté, trouvant application lorsque la Convention du Conseil de l'Europe y relative (RS 0.343) s'applique et impliquant, dans certains cas, également une extradition de la personne concernée.

- l'entraide, parfois dite au sens strict, à savoir tous les autres actes de coopération en matière pénale que s'accordent les États, parmi lesquels l'on peut citer, à titre d'exemples, les perquisitions, auditions, remises de moyens de preuve et saisies d'avoirs.

Il n'est pas pertinent de savoir si la procédure relève formellement de l'une des formes de coopération susmentionnées. En effet, en application du principe selon lequel la CEDH doit être «interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les droits pratiques et effectifs, et non théoriques et illusoire»¹⁰³, l'appellation importe peu: sont soumises à la CEDH même des formes de coopération déguisées ou atypiques¹⁰⁴.

Toutes les formes de coopération impliquent une certaine ingérence dans les droits de la personne concernée¹⁰⁵. Ainsi, à titre d'exemples, le droit à la liberté (art. 5 CEDH) ainsi que celui au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) sont impactés par le déplacement forcé de la personne, *i.e.* l'extradition, y compris par la détention en vue de celle-ci. Le droit au respect de la vie privée et familiale est également touché notamment en cas de perquisition à la demande de l'État étranger ou de saisie de pièces en vue d'une transmission audit État. La jurisprudence rendue par la Cour en matière de coopération porte cependant essentiellement sur la forme la plus intrusive dans les droits de la personne concernée, à savoir l'extradition, raison pour laquelle le présent Rapport se focalise sur celle-ci.

2. *Effet territorial et extraterritorial de la CEDH*

Selon l'art. 1 CEDH, les droits et libertés prévus par la Convention sont reconnus «à toute personne relevant de [la] juridiction» des États parties. La juridiction se définit essentiellement au regard du principe de la territorialité. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que les actes des États parties «accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire peuvent s'analyser en l'exercice par eux de leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention»¹⁰⁶. La Cour souligne à cet égard qu'il sied

103 CourEDH (GC), arrêt *Stafford c. Royaume-Uni* du 28 mai 2002, req. 46295/99, § 68; CourEDH (GC), arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, req. 28957/95, § 74.

104 CommissionEDH, arrêt *Sanchez Ramirez (dit Carlos) c. France* du 24 juin 1996, req. 28780/95; CommissionEDH, arrêt *Reinette c. France* du 2 octobre 1989, req. 14009/88, p. 189; voir aussi CourEDH, arrêt *Stocké c. Allemagne* du 19 mars 1991, req. 11755/85, § 51 et 54; STEFAN SINNER, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (éd.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar*, 3^e éd., Bâle 2022, art. 3 N 24 et les références citées. Pour des exemples de cas d'extradition déguisée, voir PHILIP B. HEYMANN/IAN HEATH GERSHENGORN, *Pursuing Justice, Respecting the Law*, in: Albin Eser/Otto Lagodny (éd.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Freiburg im Breisgau 1992, p. 121 ss.

105 STEFAN TRECHSEL, *Grundrechtsschutz bei der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen*, EuGRZ 1987, p. 70.

106 CourEDH (GC), arrêt *Medvedyev c. France* du 29 mars 2010, req. 3394/03, § 64; CourEDH (GC), arrêt *Banković et autres c. Belgique et autres* du 12 décembre 2001, req. 52207/99, § 67

de tenir compte de la nature particulière de la CEDH, «instrument constitutionnel d'un ordre public européen pour la protection des êtres humains»¹⁰⁷.

S'agissant de la coopération internationale, deux volets doivent être distingués. D'une part, la procédure conduite en Suisse comme État requis (*infra* C. II.) relève de ladite «juridiction». Une personne peut être «soumise à la juridiction de l'État» bien qu'elle ne se trouve pas sur son territoire: ainsi, celui qui est arrêté par les forces de l'ordre d'un État à bord d'un avion immatriculé dans ce dernier mais dans la zone internationale d'un aéroport étranger se trouve sous l'autorité de cet État¹⁰⁸. D'autre part, la Cour a décidé que le risque de violation future de la CEDH dans l'État requérant auquel la coopération serait accordée peut tomber sous l'empire de la juridiction de l'État requis¹⁰⁹ (*infra* C.III.). Ainsi, à titre d'exemple, si la Suisse extradait une personne vers un État qui ne respecterait pas les droits de l'homme tels que garantis par la CEDH, elle serait responsable de la violation de cette dernière.

L'exposé qui suit porte essentiellement sur le droit suisse, lorsque la Suisse est l'État requis, dans la mesure où, dès le moment où une demande de coopération est présentée par l'État requérant et jusqu'au moment où une décision est rendue dans l'État requis, la responsabilité relative au respect des droits de l'homme envisagée est celle de ce dernier. Sur certains aspects toutefois, nous nous placerons du point de vue suisse comme État (potentiellement) requérant la coopération¹¹⁰.

3. *Obligation de respecter la CEDH et contrôle par les États parties*

À défaut d'être un traité en matière de coopération, la CEDH ne crée de droit ni à coopérer ni à ne pas coopérer. De plus, elle n'établit pas de conditions auxquelles la coopération peut être accordée¹¹¹. En particulier, elle ne garantit pas

et 80; CourEDH (GC), arrêt Ilascu et autres c. Moldavie et Russie du 8 juillet 2004, req. 48787/99, § 314. L'effet extraterritorial a été développé à l'origine par la CommissionEDH, cf. sur ce point HOTTELLIER/MOCK/PUÉCHAVY (note 2), p. 33. Voir aussi THOMAS M. KRÜSSMANN, *Transnationales Strafprozessrecht*, Baden-Baden 2009, p. 693 ss; FRANZ MATSCHER, *Bemerkungen zur extraterritorialen oder indirekten Wirkung der EMRK*, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (éd.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 25 ss.

107 CourEDH (GC), arrêt Banković c. Belgique et autres du 12 décembre 2001, req. 52207/99, § 80.

108 CourEDH (GC), arrêt Öcalan c. Turquie du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 91. Voir aussi CourEDH, arrêt Sánchez Ramirez c. France du 24 juin 1996, req. 28780/95, et la solution contraire in: CourEDH (GC), arrêt Banković et autres c. Belgique et autres du 12 décembre 2001, req. 52207/99.

109 CourEDH, arrêt Soering c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, req. 14038/88, § 91; CourEDH, arrêt Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni du 2 mars 2010, req. 61498/08, § 123. Voir aussi SCHABAS (note 7), p. 194 ss.

110 Cf. *infra* C.I.5.a.aa.

111 CourEDH, arrêt Calovskis c. Lettonie du 24 juillet 2014, req. 22205/13, § 129 ss; CommissionEDH, arrêt Lynas c. Suisse du 6 octobre 1976, req. 7317/75, p. 152. Voir aussi JENS MEYER-LADEWIG/MATTHIAS LEHNERT in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettessheim/Stefan von

le droit des individus de demeurer sur le territoire des États parties, mais, bien au contraire, admet la possibilité pour ces derniers de recourir à l'éloignement du territoire, en particulier au moyen de l'extradition. Toute forme de coopération internationale doit toutefois se dérouler dans le respect des droits de l'homme tels que garantis par la CEDH¹¹².

La CEDH trouve application quelle que soit l'infraction reprochée à la personne concernée par la coopération, y compris lorsqu'il s'agit des crimes les plus graves et notamment du terrorisme. Ainsi, la CourEDH se dit «pleinement consciente des difficultés que les États rencontrent pour protéger leur population contre la violence terroriste, laquelle constitue en elle-même une grave menace pour les droits de l'homme. Elle se garde donc de sous-estimer l'ampleur du danger que représente le terrorisme et la menace qu'il fait peser sur la collectivité»¹¹³. Elle ajoute «qu'il est légitime, devant une telle menace, que les États contractants fassent preuve d'une grande fermeté à l'égard de ceux qui contribuent à des actes de terrorisme» et, à ce titre, «ne perd pas de vue les fondements de l'extradition qui sont d'empêcher les délinquants en fuite de se soustraire à la justice ni l'objectif bénéfique qu'elle poursuit pour tous les États dans un contexte d'externalisation de la criminalité¹¹⁴», tout en réaffirmant que les droits protégés par la Convention doivent être respectés¹¹⁵. En effet, lesdits droits, en particulier l'art. 3 CEDH interdisant la torture et les traitements inhumains et dégradants, ont un caractère absolu, qui a maintes fois été réaffirmé par la Cour¹¹⁶.

L'obligation pour l'État requis de respecter la CEDH existe indépendamment de savoir si l'État requérant est partie ou non aux mêmes instruments internationaux en matière de droits de l'homme, et en particulier la CEDH¹¹⁷. S'agissant des cas de figure impliquant des États parties à la CEDH, la Cour relève régulièrement que, lorsqu'elle interprète la Convention, elle doit tenir compte du caractère singulier de ce traité de «garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales»¹¹⁸ et précise que «ce caractère collectif

Raumer (éd.), EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4^e éd., Bâle 2017, art. 3 N 65 et les références citées; SINNER (note 104), art. 3 N 24 et les références citées.

- 112 CourEDH, arrêt *Aronica c. Allemagne* du 18 avril 2002, req. 72032/01, § 1. Voir à ce propos GEOFF GILBERT, *Transnational Fugitive Offenders in International Law. Extradition and Other Mechanisms*, Dordrecht/Boston/Londres 1998, p. 149 ss.
- 113 CourEDH, arrêt *Trabelsi c. Belgique* du 4 septembre 2014, req. 140/10, § 117; CourEDH, arrêt *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* du 17 janvier 2012, req. 8139/09, § 183 et les références citées.
- 114 CourEDH, arrêt *Trabelsi c. Belgique* du 4 septembre 2014, req. 140/10, § 117; CourEDH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, req. 14038/88, § 89.
- 115 CourEDH, arrêt *Trabelsi c. Belgique* du 4 septembre 2014, req. 140/10, § 117.
- 116 En matière d'expulsion et d'extradition, voir notamment CourEDH (GC), arrêt *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, req. 22414/93, § 80 ss; CourEDH, arrêt *Trabelsi c. Belgique* du 4 septembre 2014, req. 140/10, § 118.
- 117 Voir MEYER-LADEWIG/LEHNERT (note 111), N 66 et les références citées.
- 118 CourEDH, arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, req. 5310/71, § 239, qui renvoie au préambule de la Convention; CourEDH (GC), arrêt *Nada c. Suisse* du 12 septembre 2012, req.

peut, dans des circonstances spécifiques, impliquer pour les États contractants l'obligation d'agir conjointement et de coopérer de manière à protéger les droits et libertés qu'ils se sont engagés à reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction»¹¹⁹. Les États parties à la CEDH peuvent ainsi supporter une «responsabilité conjointe» lorsque «la procédure de coopération internationale n'était pas prompte à tous ses stades»¹²⁰. Lorsque l'État requérant est partie à la CEDH, l'État requis doit accorder une confiance dans les informations fournies par l'État requérant¹²¹ et il existe une présomption que ce dernier respectera les droits visés par la Convention¹²². Le fardeau de la preuve, à charge de la personne concernée (*infra* C.III.2.c.), sera alors d'autant plus conséquent.

Lorsque le cas de figure implique un État tiers à la CEDH, la Cour a décidé que tout État partie à la CEDH engagerait sa responsabilité s'il accordait sa coopération à un État qui ne respecterait pas les droits de l'homme¹²³. La personne visée par la demande de coopération est ainsi sous la protection de l'État requis, qui doit veiller au respect de ses droits¹²⁴.

Le contrôle du respect des droits garantis par la CEDH est avant tout à la charge des États parties.

Bien que compétente pour s'assurer, en dernier ressort, de la bonne application de la CEDH, la Cour n'a, quant à elle, pas vocation à devenir «un juge de quatrième instance»: elle ne statue pas sur le fond et il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit, sauf si et dans la mesure où les instances nationales ont porté atteinte aux droits et libertés protégés par la CEDH¹²⁵. Par ailleurs, elle ne vérifie pas la bonne application d'autres conventions internationales que la CEDH¹²⁶, même si celles-ci sont conclues au sein

10593/08, § 196. Voir aussi FRANK MEYER/LUKAS STAFFLER, *Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2019*, forumpoenale 2020, p. 332 ss.

119 CourEDH (GC), arrêt *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* du 29 janvier 2019, req. 36925/07, § 232. Voir aussi CourEDH, arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie* du 7 janvier 2010, req. 25965/04, § 289.

120 CourEDH, arrêt *Sari c. Turquie et Danemark* du 8 novembre 2001, req. 21889/93, § 91; voir ANDRÉ KLIP, *Die EMRK und die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen*, in: Joachim Renzikowski (éd.), *Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentliches Recht. Grundlagen einer europäischen Rechtskultur*, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 130 ss et les références citées; MEYER-LADEWIG/LEHNERT (note 111), N 69; SINNER (note 104), art. 3 N 26 et les références citées.

121 CourEDH, arrêt *Calabro c. Italie et Allemagne* du 21 mars 2002, req. 59895/00, § 1.

122 CourEDH, arrêt *Aronica c. Allemagne* du 18 avril 2002, req. 72032/01, § 1. Pour un cas concernant l'Espagne, voir TF, 1C_385/2017, 31.10.2017, c. 2.3.

123 CourEDH, arrêt *Trabelsi c. Belgique* du 4 septembre 2014, req. 140/10, § 119; CourEDH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, req. 14038/88, § 91; CourEDH (GC), arrêt *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, req. 46827/99 et 46951/99, § 67. En général, voir KRÜSSMANN (note 106), p. 655 ss.

124 ROBERT WEYENETH, *Die Menschenrechte als Schranke der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Schweiz*, recht 2014, p. 116 ss; ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 5^e éd., Berne 2019, N 211.

125 CourEDH (GC), arrêt *García Ruiz c. Espagne* du 21 janvier 1999, req. 30544/96, § 28; CourEDH (GC), arrêt *Avotinš c. Lettonie* du 23 mai 2016, req. 17502/07, § 99.

126 CourEDH, arrêt *Aliyeva et Aliyev c. Azerbaïdjan* du 31 juillet 2014, req. 35587/08, § 74.

du Conseil de l'Europe, comme c'est le cas de la Convention européenne d'extradition conclue à Paris le 13 décembre 1957¹²⁷, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale conclue à Strasbourg le 20 avril 1959¹²⁸ ou la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées conclue à Strasbourg le 21 mars 1983¹²⁹. Elle s'assure en revanche que la CEDH est appliquée par les États en cohésion avec les autres règles de droit international pertinentes¹³⁰.

4. *Conséquences de la nature administrative de la procédure dans l'État requis*

À la différence de la procédure pénale conduite par l'État requérant et pour les besoins de laquelle la coopération est demandée (*infra* C.I.5), la procédure de coopération menée par l'État requis a une nature administrative. Il en est ainsi de toutes les formes de coopération, en particulier l'extradition¹³¹, le transfèrement de personnes condamnées¹³² et l'entraide au sens strict¹³³. Cela a pour conséquence que certaines des garanties véhiculées par la CEDH ne trouvent pas à s'appliquer (*infra* C.II). Ainsi, une décision par laquelle un État accepte de donner suite à une demande d'entraide judiciaire internationale, par exemple d'extradition, ne tombe en principe pas sous le coup de l'art. 6 CEDH garantissant le droit à un procès équitable¹³⁴.

5. *Conséquences de la nature pénale de la procédure dans l'État requérant*

À la différence de la procédure de coopération ayant lieu dans l'État requis (*supra* C.I.4.), celle conduite dans l'État requérant et pour les besoins de laquelle la coopération internationale est sollicitée est une procédure à caractère pénal. Il s'ensuit que les obligations liées à une procédure d'une telle nature trouvent

127 CEEtr; RS 0.353.1, en vigueur en Suisse depuis le 20 mars 1967.

128 CEEJ; RS 0.351.1, en vigueur en Suisse depuis le 20 mars 1967.

129 CTPC; RS 0.343, en vigueur en Suisse depuis le 1^{er} mai 1988.

130 Voir notamment CourEDH (GC), arrêt *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* du 29 janvier 2019, req. 36925/07, § 235; CourEDH (GC), arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2001, req. 35763/97, § 55; CourEDH (GC), arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, req. 34503/97, § 67.

131 ATF 123 II 175, c. 6e; CourEDH (GC), arrêt *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, req. 46827/99 et 46951/99, § 82 ss.

132 ATF 123 II 175, c. 6e; CourEDH, arrêt *Szabo c. Suède* du 27 juin 2006, req. 28578/03.

133 TF, 1A.186/2005, 09.12.2005, c. 6.3; TF, 1A.157/2005, 06.10.2005, c. 4.

134 CourEDH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, req. 14038/88, § 113; CourEDH, arrêt *Vercambre c. Suisse* du 15 décembre 1998, req. 27819/95. À ce propos, voir CLAUDE ROULLER/ANDRÉ JOMINI, *L'effet dynamique de la Convention européenne des droits de l'homme*, RPS 1992, p. 252; MARTA STELZER-WIECKOWSKA, *Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person*, Zurich/Bâle/Genève 2022, p. 47 ss; SUSANNE ZÜHLKE/JENS-CHRISTIAN PASTILLE, *Extradition and the European Convention – Soering revisited*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1999, p. 765.

application. Il en découle en particulier une obligation de coopérer dans le cadre des enquêtes conduites en lien avec l'art. 2 CEDH (droit à la vie) (*infra* C.I.5.a.), mais aussi une interdiction de coopérer lorsque la procédure n'est pas compatible avec les règles établies par l'art. 3 CEDH (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants) (*infra* C.I.5.b.).

a. *Obligation procédurale de coopérer découlant de l'article 2 CEDH*

Le caractère particulier de la CEDH, en tant que traité de garantie collective, implique une obligation de la part des États concernés de coopérer de manière effective les uns avec les autres afin d'éclaircir les circonstances de l'homicide et d'en faire traduire les auteurs en justice¹³⁵. S'agissant de l'État qui conduit la procédure, lorsque celle-ci porte sur le droit à la vie, le volet procédural de l'art. 2 CEDH lui impose de mener une enquête effective dont le fait de solliciter la coopération de tout État qui pourrait y contribuer fait partie intégrante (*infra* C.I.5.a.aa.). Lorsqu'une demande de coopération est formulée, l'État requis est, quant à lui, tenu d'y répondre (*infra* C.I.5.a.bb.). L'obligation de coopérer qui incombe aux États au titre du volet procédural de l'art. 2 CEDH ne peut être qu'une «obligation de moyens et non de résultat, dans le droit fil de ce qu'elle a établi concernant l'obligation d'enquêter»¹³⁶.

aa. *Obligation de solliciter la coopération*

Au vu de son caractère fondamental, l'art. 2 CEDH emporte une obligation procédurale de mener une enquête effective quant aux violations de cette disposition¹³⁷. Lorsque les preuves se trouvent à l'étranger, l'effectivité de l'enquête commande de prendre les mesures appropriées pour les collecter¹³⁸. Il en découle une obligation de solliciter la coopération internationale de l'État sur le territoire duquel se trouvent lesdites preuves¹³⁹ dans toute la mesure permise par les traités en vigueur entre les deux États¹⁴⁰. Ainsi, «il n'y aura manquement à l'obligation procédurale de coopérer de la part de l'État tenu de solliciter une coopération que si celui-ci n'a pas activé les mécanismes de coopération appro-

135 CourEDH (GC), arrêt *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* du 29 janvier 2019, req. 36925/07, § 232.

136 CourEDH (GC), arrêt *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* du 29 janvier 2019, req. 36925/07, § 235. Voir aussi CourEDH, arrêt *Aliyeva et Aliyev c. Azerbaïdjan* du 31 juillet 2014, req. 35587/08, § 70.

137 CourEDH, arrêt *Ergi c. Turquie* du 28 juillet 1998, req. 23818/94, § 82.

138 CourEDH, arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie* du 7 janvier 2010, req. 25965/04, § 241 et 245.

139 CourEDH (GC), arrêt *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* du 29 janvier 2019, req. 36925/07, § 222 s.; CourEDH, arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie* du 7 janvier 2010, req. 25965/04, § 241; CourEDH, arrêt *Romeo Castaño c. Belgique* du 9 juillet 2019, req. 8351/17, § 81 ss.

140 CourEDH (GC), arrêt *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* du 29 janvier 2019, req. 36925/07, § 236.

priés prévus par les traités internationaux pertinents»¹⁴¹. L'on peut se demander par conséquent si une voie de recours ne devrait pas être ouverte en droit suisse en cas de refus, de la part des autorités suisses, de présenter une demande de coopération.

Si l'État requérant sollicite l'extradition mais que celle-ci lui est refusée, il ne peut être tenu responsable de violation de ses devoirs découlant du volet procédural de l'art. 2 CEDH¹⁴². Toutefois, la jurisprudence de la Cour lui impose alors d'envisager une délégation de la poursuite à l'État requis, ce d'autant si, dans la décision refusant l'extradition, les autorités requises avaient expressément mentionné une telle possibilité¹⁴³. Pour décider s'il y a, ou non, lieu de déléguer la poursuite, l'État conduisant la procédure pénale devra se demander quelles seront les chances de succès de la procédure si elle venait à être transférée¹⁴⁴. À cet égard, le système en place en droit suisse et prévu à l'art. 88 EIMP – selon lequel la délégation de poursuite peut intervenir si l'extradition est inopportune ou exclue – nous semble, sur le principe, compatible avec l'exigence posée par la CEDH. Toutefois, notre droit n'impose aucune obligation aux autorités d'envisager une délégation en cas de refus de l'extradition: l'art. 88 EIMP est formulé de manière potestative («Un État étranger *peut être invité* à assumer la poursuite pénale»¹⁴⁵) et il n'existe aucune voie de recours devant les autorités suisses contre le refus de présenter une demande de délégation de la poursuite.

L'obligation d'envisager le transfert de procédure vers l'État refusant l'extradition de l'auteur ne trouve pas application lorsque ledit État est déjà compétent et peut donc, de lui-même, engager des poursuites pénales sans qu'une délégation soit nécessaire. Tel serait le cas notamment s'agissant de *core crimes* pour lesquels une compétence universelle permettrait à tout État d'ouvrir une procédure pénale. Si l'État refusant l'extradition dispose d'une compétence, le justiciable peut actionner lui-même le système judiciaire, auquel cas l'intervention de l'État qui se voit refuser l'extradition n'est pas exigée¹⁴⁶. L'obligation imposée à l'État qui se voit refuser l'extradition est ainsi subsidiaire et découle de l'impossibilité pour le justiciable de faire valoir son droit à une enquête effective.

141 CourEDH (GC), arrêt *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* du 29 janvier 2019, req. 36925/07, § 236.

142 CourEDH, arrêt *Huseynova c. Azerbaïdjan* du 13 avril 2017, req. 10653/10, § 110.

143 CourEDH, arrêt *Huseynova c. Azerbaïdjan* du 13 avril 2017, req. 10653/10, § 111.

144 CourEDH, arrêt *Huseynova c. Azerbaïdjan* du 13 avril 2017, req. 10653/10, § 111.

145 Nous mettons en évidence.

146 CourEDH, arrêt *Huseynova c. Azerbaïdjan* du 13 avril 2017, req. 10653/10, § 112.

bb. Obligation de répondre à la demande de coopération

Le corollaire de l'obligation pour l'État qui mène la procédure pénale liée à l'art. 2 CEDH de recueillir les preuves qui se trouvent dans d'autres juridictions (*supra* C.I.5.a.aa.) est l'obligation «pour l'État où se trouvent les preuves de fournir toute l'assistance que sa compétence et ses moyens lui permettent d'apporter dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire»¹⁴⁷. Cette obligation procédurale d'accorder la coopération «doit être interprétée à la lumière des traités ou accords internationaux en vigueur entre les États contractants concernés, autant que possible dans le cadre d'une application combinée et harmonieuse de la Convention et de ces instruments, qui ne doit pas entraîner une opposition ou une confrontation entre les différents textes»¹⁴⁸. L'État requis n'est toutefois pas tenu de répondre favorablement à la demande et d'accorder sa coopération: son devoir est rempli dès le moment où il répond «de façon appropriée» ou qu'il «invoque un motif légitime de refuser la coopération demandée en vertu de ces traités internationaux»¹⁴⁹. Ainsi, un État qui ignore les demandes d'extradition qui lui sont adressées ou reste muet viole l'art. 2 CEDH. Il doit à tout le moins faire savoir pourquoi l'extradition n'est pas acceptable au regard de sa législation¹⁵⁰.

La Cour va plus loin dans son raisonnement, en ce sens qu'il résulte de ce qui précède que, en cas de mort d'homme comportant une dimension transfrontière, l'art. 2 CEDH peut imposer aux autorités de l'État dans lequel les auteurs présumés de l'acte s'étaient réfugiés et dans lequel pouvaient se trouver des éléments de preuve relatifs à l'infraction de «prendre des mesures effectives à cet égard, d'office si nécessaire»¹⁵¹. Ainsi, l'obligation procédurale tirée de l'art. 2 CEDH déploie ses effets même alors qu'aucune demande n'a, pour l'heure, été présentée. La Cour a cependant décidé qu'il n'existe pas d'obligation pour un État de collecter des preuves, en particulier d'auditionner des témoins présents sur son territoire et transmettre les résultats des mesures entreprises en l'absence de demande de coopération¹⁵². En droit suisse, le caractère volontaire («peut transmettre spontanément») de la forme d'entraide au sens strict qu'est la transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations prévue par l'art. 67a EIMP satisfait ainsi à cette condition posée par la Cour.

147 CourEDH (GC), arrêt *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* du 29 janvier 2019, req. 36925/07, § 225; CourEDH, arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie* du 7 janvier 2010, req. 25965/04, § 241 ss.

148 CourEDH (GC), arrêt *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* du 29 janvier 2019, req. 36925/07, § 236.

149 CourEDH (GC), arrêt *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* du 29 janvier 2019, req. 36925/07, § 236.

150 CourEDH (GC), arrêt *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* du 29 janvier 2019, req. 36925/07, § 262 ss.

151 CourEDH, arrêt *Cummins et autres c. Royaume-Uni* du 13 décembre 2005, req. 27306/05, p. 9.

152 CourEDH, arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie* du 7 janvier 2010, req. 25965/04, § 245.

b. *Interdiction de coopérer en cas de risque de violation de l'article 3 CEDH*

aa. En général

La Cour relève régulièrement¹⁵³, y compris dans sa jurisprudence rendue à l'égard de la Suisse¹⁵⁴, que «[l]e souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention. Les voyages de par le monde devenant plus faciles et la criminalité prenant une plus grande ampleur internationale, toutes les nations ont un intérêt croissant à voir traduire en justice les délinquants présumés qui fuient à l'étranger». Cependant, «l'extradition par un État contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, et donc engager la responsabilité de l'État en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'extrade vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à cette disposition»¹⁵⁵.

La Cour a décidé que l'État requis, en accordant sa coopération et, surtout, en extradant la personne demandée vers un État où il existe un risque d'exposition à des traitements contraires à la CEDH, crée directement ce risque et peut ainsi être tenu responsable, directement, de la violation des droits garantis par la CEDH¹⁵⁶. En effet, un État contractant se conduirait d'une manière incompatible avec le «patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit» auquel se réfère le Préambule de la CEDH, s'il remettrait consciemment une personne à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture ou de peines ou de traitements inhumains ou dégradants menace l'intéressé¹⁵⁷. Il existe, partant, une interdiction commandée par la CEDH de ne pas coopérer, respectivement de s'assurer qu'en coopérant, l'État requis ne prêterait pas son concours à une violation des droits de l'homme¹⁵⁸. La CEDH n'interdit pas la coopération en tant que telle, mais commande aux États qu'elle ne porte atteinte à aucun droit particu-

153 CourEDH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, req. 14038/88, § 89 et § 161; CourEDH (GC), arrêt *Öcalan c. Turquie* du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 88. Voir aussi LUC GONIN/OLIVIER BIGLER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)*, Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Berne 2018, art. 1 N 41.

154 CourEDH, arrêt *Adamov c. Suisse* du 21 juin 2011, req. 3052/06, § 57.

155 CourEDH (GC), arrêt *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, req. 46827/99 et 46951/99, § 67.

156 CourEDH, arrêt *Calovskis c. Lettonie* du 24 juillet 2014, req. 22205/13, § 131; CourEDH (GC), arrêt *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, req. 46827/99 et 46951/99, § 67; CourEDH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, req. 14038/88, § 91. À ce propos, voir BIGLER/GONIN (note 153), art. 3 N 182 ss.

157 CourEDH (GC), arrêt *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, req. 46827/99 et 46951/99, § 68; CourEDH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, req. 14038/88, § 88.

158 CourEDH (GC), arrêt *Öcalan c. Turquie* du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 86. À ce propos, voir STEFAN HEIMGARTNER, *Auslieferungrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 70.

lier consacré par la Convention¹⁵⁹. La responsabilité dont il est question à ce stade est celle de l'État requis, et non de l'État requérant¹⁶⁰. Cela est susceptible de placer l'État requis dans une position singulière, en ce sens qu'il n'est pas exclu qu'un accord international le liant à l'État requérant lui impose de coopérer, pendant que la CEDH le lui interdit. Il n'en demeure pas moins que les droits de l'homme, tels que garantis par la Convention, doivent être respectés dans toutes les actions de l'État, y compris en matière de coopération.

bb. Éléments de droit suisse

Le droit suisse de la coopération prévoit expressément certaines dispositions visant à garantir que la coopération sera compatible avec les obligations de la Suisse en matière de droits de l'homme. Ainsi, le motif de refus lié au potentiel non-respect des droits de l'homme dans l'État requérant est prévu à l'art. 2 EIMP (*infra* C.I.5.b.bb.aaa.). De plus, le recours au Tribunal fédéral, fortement restreint en matière de coopération internationale, est ouvert lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure pénale conduite à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves (*infra* C.I.5.b.bb.bbb.).

aaa. Motif de refus lié à l'article 2 EIMP

Le motif de refus de la coopération lié à la violation des droits garantis par la CEDH est prévu à l'art. 2 EIMP. D'après cette disposition, intitulée «Procédure à l'étranger» («*Ausländisches Verfahren*»; «*Procedimento all'estero*»), la demande de coopération en matière pénale est irrecevable:

- «a. s'il y a lieu d'admettre que la procédure à l'étranger n'est pas conforme aux principes de procédure fixés par la convention européenne du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou par le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques;
- b. tend à poursuivre ou à punir une personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité;
- c. risque d'aggraver la situation de la personne poursuivie, pour l'une ou l'autre des raisons indiquées sous let. b;
- d. présente d'autres défauts graves».

Il ressort de la jurisprudence suisse constante que l'art. 2 EIMP a pour but d'éviter que la Suisse ne prête son concours, par le biais de la coopération inter-

159 CourEDH (GC), arrêt *Öcalan* c. Turquie du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 86; CourEDH, arrêt *Stocké* c. Allemagne du 19 mars 1991, req. 11755/85, § 169.

160 CourEDH, arrêt *Calovskis* c. Lettonie du 24 juillet 2014, req. 22205/13, § 131; CourEDH (GC), arrêt *Mamatkoulov et Askarov* c. Turquie du 4 février 2005, req. 46827/99 et 46951/99, § 67; CourEDH, arrêt *Soering* c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, req. 14038/88, § 89 ss.

nationale, à des procédures qui ne garantiraient pas à la personne poursuivie un standard de protection minimal correspondant à celui offert par le droit des États démocratiques, défini en particulier par la CEDH¹⁶¹. La règle s'applique à toutes les formes de coopération connues du droit suisse¹⁶².

En matière d'extradition ou de transfèrement des personnes condamnées, peut se prévaloir de cette disposition la personne concernée¹⁶³. En matière d'entraide au sens strict, en particulier de remise de moyens de preuve tels des documents bancaires, le Tribunal fédéral a décidé que la règle ne peut être invoquée en principe que par l'accusé qui se trouve sur le territoire de l'État requérant, s'il est en mesure d'alléguer être exposé concrètement au risque de violation de ses droits de procédure. En revanche, n'était pas recevable à se plaindre de la violation de l'art. 2 EIMP celui qui se trouvait sur le territoire de l'État requérant sans toutefois y courir aucun danger et celui qui résidait à l'étranger¹⁶⁴. La jurisprudence considérait que la seule absence du territoire suffisait à protéger la personne concernée d'un traitement inhumain contraire notamment à l'art. 3 CEDH ainsi que d'une violation des garanties liées à la liberté personnelle prévues à l'art. 5 CEDH¹⁶⁵. En 2000, le Tribunal fédéral a toutefois tempéré sa position, en reconnaissant qu'un État requérant pouvait, en certaines circonstances, également violer les garanties de procédure de l'art. 6 CEDH même d'un prévenu qui ne se trouverait pas sur son territoire¹⁶⁶. Partant, l'art. 2 let. a EIMP peut désormais être invoqué également lorsque le prévenu ne se trouve pas sur le territoire de l'État requérant. Il incombe toutefois à la personne concernée de démontrer qu'elle encourt un risque de violation des droits garantis par la CEDH pour le cas où la Suisse accordait sa coopération (*infra* C.III.2.c.).

S'agissant des personnes morales, la possibilité de se prévaloir de cette disposition leur a longtemps été niée¹⁶⁷, le Tribunal fédéral estimant que «des personnes morales [...] ne peuvent alléguer aucun intérêt digne de protection, lié à leur situation concrète, pour se prévaloir d'une norme destinée avant tout à protéger l'accusé dans la procédure étrangère. On ne voit pas en effet en quoi la situation des droits de l'homme en Russie [*i.e.* l'État requérant] serait de nature à toucher, d'une quelconque manière, des sociétés de Chypre, des Iles Vierges britanniques, de Suisse ou du Luxembourg»¹⁶⁸. Un revirement de jurisprudence

161 ATF 130 II 217, c. 8.1; ATF 129 II 268, c. 6.1; ATF 126 II 324, c. 4a; ATF 125 II 356, c. 8a.

162 ATF 130 II 217, c. 8.1; ATF 129 II 268, c. 6.1; ATF 125 II 356, c. 8a; ATF 123 II 595, c. 5c. Voir aussi SARAH SUMMERS, in: Marcel Alexander Niggli/Stefan Heimgartner (éd.), *Internationales Strafrecht*, Basler Kommentar, Bâle 2015, art. 2 EIMP N 3.

163 ATF 130 II 217, c. 8.2; ATF 135 I 191, c. 2.1.

164 ATF 130 II 217, c. 8.2; ATF 129 II 268, c. 6.1 et les arrêts cités.

165 ATF 130 II 217, c. 8.2 et les références citées.

166 TF, 1A.212/2000, 19.09.2000. Voir aussi TPF 2010 56, c. 6.2.2; TPF, RR.2007.161, 14.02.2008, c. 5.3.

167 ATF 130 II 217, c. 8.2; ATF 129 II 268, c. 6 et les références citées; ATF 126 II 258, c. 2d.aa. À ce propos, voir ZIMMERMANN (note 124), N 531.

168 ATF 126 II 258, c. 2d.aa.

est intervenu en 2016, permettant à la personne morale, pour autant qu'elle soit elle-même prévenue dans la procédure pénale conduite dans l'État requérant, de se prévaloir de l'art. 2 EIMP¹⁶⁹. À l'instar de la personne physique, il lui appartiendra de démontrer en quoi ses droits risqueraient d'être atteints pour le cas où la coopération était accordée.

Le motif de refus de l'art. 2 let. b et c EIMP vise l'objection dite de délit politique, prévue pour ce qui concerne en particulier l'extradition à l'art. 55 al. 2 EIMP. Bien que ce ne soit pas son seul, ni son premier but, ce principe régissant la coopération a pour effet de garantir le respect des droits de l'homme¹⁷⁰. Mise en place essentiellement pour éviter que l'État requis ne doive prendre position dans un rapport de conflit politique entre l'État requérant et l'extradable, l'objection de délit politique a pour effet de permettre à l'État requis de ne pas prêter son concours à la poursuite d'une personne pour ses opinions politiques. La dite objection concerne non seulement les cas dans lesquels la personne est poursuivie pour ses opinions politiques mais aussi les cas où la demande d'extradition porte sur une infraction de droit commun mais la procédure ouverte dans l'État requérant tendrait en réalité à poursuivre l'opposant en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité (art. 2 let. b EIMP) ou l'une de ces raisons risquerait d'aggraver sa situation dans l'État requérant (art. 2 let. c EIMP)¹⁷¹.

bbb. Recours au Tribunal fédéral (article 84 LTF)

En matière de coopération internationale dans le domaine pénal, le droit suisse prévoit deux instances de recours. La première est la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, compétente en vertu de l'art. 37 al. 2 de la Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération¹⁷² lu conjointement avec l'art. 25 al. 1 EIMP. La seconde instance est la I^{re} Cour de droit public du Tribunal fédéral, en application de l'art. 84 de la Loi sur le Tribunal fédéral¹⁷³. Le recours au Tribunal fédéral est toutefois restreint, en tant que cette voie n'est ouverte que dans les «cas particulièrement importants» (art. 84 al. 1 LTF). Il ressort de l'art. 84 al. 2 LTF qu'un cas est particulièrement important «notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves». La formulation de la disposition est exemplative («notamment»). Le Tribunal fédéral a fait

169 TPF 2016 138, c. 4.

170 Dans ce sens JOHN DUGARD/CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT, *Reconciling Extradition with Human Rights*, *American Journal of International Law* 1998, p. 188 ss. Voir aussi ATF 108 Ib 408, c. 8a.

171 TPF, RR.2015.155 et RR.2015.192, 11.09.2015, c. 1.1.1.

172 LOAP; RS 173.71.

173 LTF; RS 173.110.

usage de son large pouvoir d'appréciation¹⁷⁴ et ajouté, dans sa jurisprudence développée au fil des années, d'autres situations dans lesquelles il est susceptible d'entrer en matière. Tel est le cas, entre autres, lorsqu'il doit trancher une question juridique de principe ou lorsque l'instance précédente s'est écartée de la jurisprudence suivie jusque-là¹⁷⁵. Ce nonobstant, la loi impose au Tribunal fédéral de recevoir le recours en cas de risque de violation des garanties et droits protégés par la CEDH, étant précisé qu'il ressort de la jurisprudence que le «cas particulièrement important» n'est admis qu'exceptionnellement¹⁷⁶. Il incombera au recourant de démontrer que les conditions de recevabilité sont remplies dans le cas d'espèce¹⁷⁷.

Le recours restreint au Tribunal fédéral est ouvert également en cas de violation des droits garantis par la CEDH dans la procédure de coopération conduite en Suisse. En effet, constatant une disparité dans les termes utilisés dans les versions française («la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves»), respectivement allemande et italienne («*elementare Verfahrensgrundsätze verletzt worden sind oder das Verfahren im Ausland schwere Mängel aufweist*»; «*sono stati violati elementari principi procedurali o che il procedimento all'estero presenta gravi lacune*») de l'art. 84 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral a décidé que les secondes devaient être privilégiées: le cas est particulièrement important non seulement lorsque la procédure dans l'État requérant, mais aussi celle ouverte en Suisse en tant qu'État requis, présente de graves violations des droits de la personne concernée¹⁷⁸.

II. Le respect de la CEDH dans la procédure d'extradition conduite en Suisse comme État requis

1. En général

La procédure de coopération conduite dans l'État requis est de nature administrative et non pénale (*supra* C.1.4.). Par conséquent, certaines des garanties véhiculées par la CEDH ne trouvent pas application¹⁷⁹. La CEDH vise en re-

174 TF, 1C_381/2021, 01.09.2021, destiné à la publication aux ATF, c. 2.1; ATF 145 IV 99, c. 1.2.

175 ATF 136 IV 20, c. 1.2; ATF 133 IV 215, c. 1.2; TF, 1C_486/2020, 22.09.2020, c. 2; TF, 1C_228/2020, 12.06.2020, c. 2.2. À ce propos, voir MARIA LUDWICZAK, Extradition dans l'affaire de la FIFA: un «cas particulièrement important». Arrêt du Tribunal fédéral, Ire Cour de droit public, 1C_143/2016 du 2 mai 2016, A. contre Office fédéral de la justice, Unité Extraditions (Publication ATF prévue), PJA 2016, p. 1110 ss et les références citées.

176 TF, 1C_381/2021, 01.09.2021, destiné à la publication aux ATF, c. 2.1; ATF 134 IV 156, c. 1.3.4.

177 TF, 1C_381/2021, 01.09.2021, destiné à la publication aux ATF, c. 2.1; ATF 145 IV 99, c. 1.4 et 1.5.

178 ATF 145 IV 99, c. 1.3.

179 Voir *supra* C.1.4. et ANDREAS DONATSCH *et al.*, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2^e éd., Zurich 2015, p. 82 ss. Sur les questions de procès équitable dans la procédure de coopération conduite dans l'État requis, voir SABINE GLESS, Transnational

vanche expressément la détention extraditionnelle à son art. 5 par. 1 let. f. En effet, dans le cadre de la protection assurée du droit à la liberté et à la sûreté, il est prévu que

«Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales: [...]

f. s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours».

La disposition en question trouvera application qu'il s'agisse d'une procédure d'extradition régulière ou «déguisée»¹⁸⁰.

Plusieurs arrêts ayant été rendus par la CourEDH en lien avec la Suisse en matière de détention extraditionnelle, ce sujet sera abordé en détails dans les lignes qui suivent. Seront en particulier traitées les questions de l'arrestation en vue de l'extradition (*infra* C.II.2.) ainsi que du droit d'être entendu et des délais pour statuer sur la libération de la détention extraditionnelle (*infra* C.II.3.).

2. Arrestation en vue de l'extradition et sauf-conduit

La Convention ne contient de dispositions ni sur les conditions dans lesquelles une extradition peut être accordée, ni sur la procédure à appliquer avant qu'il soit statué sur l'extradition. Elle s'applique à toute forme de remise de personne à un État étranger et ne s'oppose à aucune forme de remise pour autant que la procédure, y compris l'arrestation et la détention extraditionnelle soit compatible avec les exigences posées par la CEDH¹⁸¹, en particulier l'art. 5 par. 1 (droit à la liberté et à la sûreté).

Un cas d'extradition depuis la Suisse vers les États-Unis d'Amérique a fait l'objet d'un arrêt de la CEDH en matière de venue en Suisse, respectivement de sauf-conduit, d'arrestation et de bonne foi de l'État suisse¹⁸². Dans ce cas, une procédure pénale pour blanchiment d'argent était ouverte par le juge d'instruction compétent du canton de Berne contre la fille de l'intéressé et portait sur des fonds qu'elle aurait reçus de son père. Ce dernier s'est rendu en Suisse, en indiquant dans le formulaire de demande de visa que le but principal de son voyage était de rendre visite à sa fille. Avant d'entrer sur le territoire, il avait

Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle, *Utrecht Law Review* 2013, p. 90 ss; STELZER-WIECKOWSKA, p. 211 ss.

180 CommissionEDH, arrêt Sanchez Ramirez (dit Carlos) c. France du 24 juin 1996, req. 28780/95; CommissionEDH, arrêt Reinette c. France du 2 octobre 1989, req. 14009/88, p. 189; voir aussi CourEDH, arrêt Stocké c. Allemagne du 19 mars 1991, req. 11755/85, § 51 et 54; SINNER (note 104), art. 3 N 24 et les références citées. Pour des exemples de cas d'extradition déguisée, voir HEYMAN/HEATH GERSHENGORN (note 104), p. 121 ss.

181 CourEDH (GC), arrêt Öcalan c. Turquie du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 89; CourEDH, arrêt Sánchez Ramirez c. France du 24 juin 1996, req. 28780/95.

182 CourEDH, arrêt Adamov c. Suisse du 21 juin 2011, req. 3052/06.

indiqué à l'avocat de sa fille ainsi qu'au juge d'instruction bernois qu'il était prêt à venir en Suisse pour être entendu par ce dernier. L'intéressé se trouvait déjà en Suisse lorsqu'il a reçu, au domicile de sa fille, une convocation pour l'audition, lors de laquelle il a été arrêté en vue d'extradition aux États-Unis. En effet, en parallèle, une procédure pénale était ouverte contre lui dans cet État, en lien avec l'usage qu'il aurait fait de fonds mis à la disposition de l'État russe par les États-Unis, alors qu'il exerçait en Russie la fonction de Ministre de l'Énergie. Invoquant notamment la bonne foi et se prévalant d'un sauf-conduit *de facto* dont il aurait bénéficié lors de l'audience devant le magistrat suisse, l'intéressé a utilisé les voies de recours nationales¹⁸³ puis a saisi la CourEDH.

La Cour a décidé qu'il n'y avait pas eu de violation de l'art. 5 par. 1 CEDH. En effet, le but du sauf-conduit (art. 73 EIMP) est de permettre au témoin de bénéficier d'une immunité pour toute arrestation et poursuite pour des faits ou condamnations antérieurs à son départ du territoire de l'État requis¹⁸⁴. La Cour relève ainsi que l'intéressé se trouvait déjà en Suisse au moment où la convocation lui a été adressée et, puisqu'il voyageait fréquemment et avait accès à des avocats, qu'il «devait être conscient des risques qu'il prenait en se déplaçant à l'étranger, compte tenu notamment de l'ouverture d'une procédure pénale contre lui aux États-Unis [...]. Il n'apparaît pas qu'il ait, lorsqu'il a accepté de témoigner devant le juge d'instruction, soulevé lui-même la question du sauf-conduit. En acceptant de se rendre en Suisse sans se prévaloir des garanties découlant des instruments pertinents en matière d'entraide internationale, il a consciemment renoncé à bénéficier de l'immunité découlant de la clause du sauf-conduit»¹⁸⁵. La Cour a ainsi décidé que les autorités suisses «n'ont pas fait preuve de mauvaise foi» et que, en informant les autorités américaines de la présence de l'intéressé en Suisse, «elles ont agi dans le respect de leurs obligations de coopération interétatique contre la criminalité internationale»¹⁸⁶.

3. *Détention extraditionnelle*

a. *En général*

Lorsque la détention est ordonnée dans l'État requis, en particulier en Suisse, les règles applicables ne sont pas celles prévalant en matière de détention provisoire¹⁸⁷. La détention extraditionnelle doit être conforme à l'art. 5 par. 1 let. f

183 TPF, BH.2005.12, 09.06.2005; TF, IS.18/2005, 14.07.2005.

184 CourEDH, arrêt Adamov c. Suisse du 21 juin 2011, req. 3052/06, § 65.

185 CourEDH, arrêt Adamov c. Suisse du 21 juin 2011, req. 3052/06, § 67 ss.

186 CourEDH, arrêt Adamov c. Suisse du 21 juin 2011, req. 3052/06, § 71.

187 ATF 111 IV 108, c. 3d; TPF, RR.2007.116, 19.09.2007, c. 7; *contra* LAURENT MOREILLON, *Entraide internationale en matière pénale*. EIMP, TEJUS, LTEJUS, TEXUS, Commentaire ro-mand, Bâle 2004, art. 17a EIMP N 15.

CEDH; l'art. 5 par. 3 let. c CEDH ne s'applique en revanche pas¹⁸⁸. Dans le cadre de la contestation de la détention et de l'examen d'une demande de libération, l'art. 5 par. 4 CEDH trouve application. Selon cette disposition, «[t]oute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale». Dans un cas de détention en Suisse d'une personne en vue de son extradition vers l'Argentine¹⁸⁹, la CourEDH s'est prononcée sur les modalités concrètes d'application de cette disposition au regard des règles prévalant en Suisse en la matière, tant au regard du droit d'être entendu de l'extradable (*infra* C.II.3.b.) que du délai pour statuer (*infra* C.II.3.c.).

b. Droit d'être entendu

L'ancienne loi fédérale sur l'extradition aux États étrangers du 22 janvier 1892¹⁹⁰ ne prévoyait pas de voie de droit devant une autorité judiciaire contre le refus de l'Office fédéral de la police de libérer l'extradable de la détention extraditionnelle. Dans l'optique de la ratification par la Suisse de la CEDH, le gouvernement suisse a signalé en 1968, à l'Assemblée fédérale, cette incompatibilité¹⁹¹. En 1976, le Département fédéral de justice et police et le Tribunal fédéral ont convenu d'un régime transitoire prévoyant que le Tribunal fédéral se prononcerait chaque fois que l'Office n'accorderait pas la mise en liberté provisoire¹⁹². Au moment des faits relatifs à l'affaire Sanchez-Reisse (les demandes de libération sont intervenues en 1981 et 1982), le régime transitoire était toujours applicable¹⁹³.

Dans cette affaire, l'extradable a pu voir sa cause traitée par le Tribunal fédéral, l'Office lui ayant transmis le dossier ainsi que son «préavis» négatif. Toutefois, conformément à la pratique en vigueur, l'extradable n'a pas pu prendre position sur ledit préavis avant que le Tribunal fédéral statue. La CourEDH a décidé que cela était contraire à l'art. 5 par. 4 CEDH: cette disposition consacre le droit à une procédure contradictoire et vise à garantir l'égalité des armes. Elle imposait, partant, à la Suisse de garantir à l'intéressé la possibilité de s'exprimer, à tout le moins par écrit, sur le préavis de l'Office¹⁹⁴. Depuis lors, le refus d'élargissement fait l'objet d'une décision prononcée par l'Office fédéral de la

188 CommissionEDH, arrêt *Lynas c. Suisse* du 6 octobre 1976, req. 7317/75, p. 153. Voir aussi HAEFLIGER/SCHÜRMAN (note 77), p. 103.

189 CourEDH, arrêt *Sanchez-Reisse c. Suisse* du 21 octobre 1986, req. 9862/82.

190 RS 3 501.

191 Rapport du 9 décembre 1968 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, FF 1968 II 1069, p. 1102 ss.

192 Message du 8 mars 1976 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté fédéral sur les réserves relatives à la convention européenne d'extradition, FF 1976 II 430, p. 463; ATF 109 IV 60, c. 1.

193 Par la suite, il a été consacré par l'EIMP, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1983 et abrogeant la Loi fédérale sur l'extradition de 1892.

194 CourEDH, arrêt *Sanchez-Reisse c. Suisse* du 21 octobre 1986, req. 9862/82, § 51.

justice. Ladite décision est notifiée par écrit à l'extradable qui peut interjeter un recours à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 48 al. 2 EIMP *cum* art. 37 al. 2 let. a ch. 1 LOAP)¹⁹⁵ puis devant la 1^{re} Cour de droit public du Tribunal fédéral (art. 93 al. 2 *in fine cum* al. 1 LTF)¹⁹⁶. L'extradable peut ainsi prendre position sur la décision de l'Office avant que les autorités judiciaires ne se prononcent.

c. Délai pour statuer sur la demande de libération

Dans cette même affaire Sanchez-Reisse portée devant la CourEDH contre la Suisse¹⁹⁷, il a été question des délais pour statuer sur des demandes de libération de la détention extraditionnelle. Sur les deux demandes qui avaient été traitées, les autorités suisses ont statué en 31 jours (21 jours pour la procédure devant l'Office, puis 10 jours devant le Tribunal fédéral), respectivement en 46 jours (21 jours devant l'Office, puis 26 jours devant le Tribunal fédéral). La CourEDH a décidé que ce temps de traitement n'était pas compatible avec l'exigence posée par l'art. 5 par. 4 CEDH qui impose aux États parties qu'il soit statué «à bref délai» sur la légalité de la détention¹⁹⁸. La Cour a précisé que cette notion ne peut se définir *in abstracto*, mais doit être appréciée à la lumière des circonstances de chaque cas¹⁹⁹. En l'espèce, aucun des arguments présentés par la Suisse, en particulier le fait que le Tribunal fédéral connaissait alors une «période très chargée», qu'il a fallu interpeler l'Office ou qu'il se trouvait sur le point de statuer sur l'extradition elle-même²⁰⁰, n'ont été acceptés.

L'obligation de célérité, principe général régissant le droit suisse de la coopération, est aujourd'hui ancrée à l'art. 17a EIMP dont l'alinéa 1 prévoit que «[l]'autorité compétente [...] statue sans délai». Conformément à la jurisprudence de la CourEDH, le respect de l'exigence de célérité, en particulier en matière de réponse aux demandes de libération de la détention extraditionnelle, n'a pas à être apprécié en fonction des capacités de l'autorité mais de la nature et des circonstances concrètes du cas²⁰¹.

195 TPF, RH.2017.15, 28.09.2017; GIORGIO BOMIO/DAVID GLASSEY, La qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. La quête du juste équilibre entre efficacité et protection des libertés, Jusletter 13 décembre 2010, N 22; DONATSCH *et al.* (note 179), p. 146; MARIA LUDWICZAK GLASSEY, Entraide pénale internationale, Précis de droit suisse, Bâle 2018, N 1036.

196 ATF 136 IV 20, JdT 2011 IV 179, c. I.1.

197 CourEDH, arrêt Sanchez-Reisse c. Suisse du 21 octobre 1986, req. 9862/82.

198 CourEDH, arrêt Sanchez-Reisse c. Suisse du 21 octobre 1986, req. 9862/82, § 57.

199 CourEDH, arrêt Sanchez-Reisse c. Suisse du 21 octobre 1986, req. 9862/82, § 55.

200 CourEDH, arrêt Sanchez-Reisse c. Suisse du 21 octobre 1986, req. 9862/82, § 60.

201 PETER POPP, Grunzüge der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bâle 2001, N 471; MARC ENGLER, in: Marcel Alexander Niggli/Stefan Heimgartner (éd.), Internationales Strafrecht, Basler Kommentar, Bâle 2015, art. 17a EIMP N 5.

III. La condition du respect de la CEDH dans l'État requérant l'extradition

La CEDH permet aux États de contrôler l'entrée, la sortie, le séjour et l'éloignement (y compris l'extradition) de leur territoire des non-nationaux. Toutefois, il est de jurisprudence constante que l'extradition peut soulever un problème au regard de la CEDH, et donc engager la responsabilité de l'État qui extrade au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, s'il est éloigné vers un État étranger, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à la Convention²⁰². Dans ce cas, cette dernière implique l'obligation de ne pas procéder à l'éloignement²⁰³. Les standards de protection des droits de l'homme tels que prévus par la CEDH font partie de l'ordre public international²⁰⁴ et la jurisprudence suisse rappelle régulièrement²⁰⁵ que la Suisse contreviendrait à ses obligations internationales en extradant une personne à un État s'agissant duquel il y a des motifs sérieux de penser qu'existe un risque de traitement contraire à la CEDH.

Après un survol des motifs de refus de l'extradition liés à la procédure dans l'État requérant, en particulier au regard des art. 3 (interdiction de la torture) et 6 (droit à un procès équitable) CEDH (*infra* C.III.1.), sera étudiée la question de savoir quels sont les éléments sur lesquels il y a lieu de se baser pour déterminer si l'on est en présence d'un «risque réel», au-delà du doute raisonnable²⁰⁶, d'être soumis à des traitements contraires à l'art. 3 CEDH (*infra* C.III.2.). Afin d'éviter de devoir refuser l'extradition toutes les fois où un risque de violation de la CEDH existe, mais qu'il peut être pallié, la pratique des garanties internationales a été développée (*infra* C.III.3.). Au vu de la jurisprudence de la CEDH, la Suisse a adopté une théorie, dite des trois cercles, catégorisant les États étrangers en trois groupes: les États vers lesquels l'extradition est possible sans réserve, ceux vers lesquels les extraditions sont soumises à la présentation

202 CourEDH, arrêt Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni du 17 janvier 2012, req. 8139/09, § 185.

203 CourEDH, arrêt Soering c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, req. 14038/88, § 90 ss; CourEDH, arrêt Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni du 30 octobre 1991, req. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, § 103; CourEDH, arrêt Salah Sheekh c. Pays-Bas du 11 janvier 2007, req. 1948/04, § 135; CourEDH, arrêt Allanzarova c. Russie du 14 février 2017, req. 46721/15, § 67.

204 ATF 123 II 595, c. 7c. Voir WEYENETH (note 124), p. 119 ss.

205 ATF 129 II 268, c. 6.1; ATF 126 II 324, c. 4a; ATF 126 II 258, c. 2d.aa; ATF 125 II 356, c. 8a; ATF 123 II 511, c. 5a; ATF 123 II 161, c. 6a; ATF 123 II 595, c. 5c; ATF 122 II 140, c. 5a; ATF 121 II 296, c. 3b. Voir aussi LUDWICZAK GLASSEY (note 195), N 113 ss; MARIA LUDWICZAK GLASSEY, Extradition vers les États «à tradition démocratique», *quo vadis?* État des lieux en droits suisse et de l'Union européenne, Jusletter 30 novembre 2020, N 3 ss.

206 Sur cet aspect, voir CourEDH, arrêt Irlande c. Royaume-Uni du 18 janvier 1978, req. 5310/71, § 161; Voir aussi BIGLER/GONIN (note 153), art. 3 N 44; BEN VERMEULEN/HEMME BATTJES, Prohibition of Torture and other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, in: Pieter van Dijk *et al.* (éd.), *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, 5^e éd., Cambridge/Anvers/Portland 2018, p. 416 et 418 ss.

préalable de garanties internationales et ceux s'agissant desquels l'extradition est exclue (*infra* C.III.4.).

1. *Motifs de refus de l'extradition*

a. *L'article 3 CEDH*

Le fait pour un État de remettre une personne à un État où elle sera exposée à un risque de traitement contraire à l'art. 3 CEDH interdisant la torture ou des traitements inhumains ou dégradants est constitutif d'une violation, par l'État requis, de cette disposition²⁰⁷. Dans l'arrêt *Soering* contre Royaume-Uni, la Cour a indiqué en particulier qu'«[u]n État contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce «patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit» auquel se réfère le Préambule, s'il remettait consciemment un fugitif – pour odieux que puisse être le crime reproché – à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'art. 3, pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extraditer s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article»²⁰⁸.

Le Tribunal fédéral range l'art. 3 CEDH parmi les règles de *jus cogens*²⁰⁹. La Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères considère que «l'interdiction d'expulser, d'extrader ou de refouler une personne vers un État où elle risque de subir des traitements prohibés par l'article 3 CEDH revêt un caractère absolu»²¹⁰. La protection contre les traitements prohibés par l'art. 3 CEDH étant absolue, il n'est pas possible de mettre en balance le risque de mauvais traitements et les motifs invoqués pour l'extradition²¹¹, même lorsqu'il s'agit d'infractions à caractère

207 CourEDH, arrêt *Trabelsi* c. Belgique du 4 septembre 2014, req. 140/10, § 116 ss; CourEDH, arrêt *Soering* c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, req. 14038/88, § 88; CourEDH, arrêt *Othman* (Abu Qatada) c. Royaume-Uni du 17 janvier 2012, req. 8139/09, § 185; CourEDH, arrêt *Shchet* c. Russie du 12 juin 2008, req. 16074/07, § 84 et les références citées; ZIMMERMANN (note 124), N 226 ss. En général, voir WALETER KÄLIN, *Das Prinzip des Non-Refoulement. das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Vorfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht*, Berne/Francfort 1982, p. 202 ss.

208 CourEDH, arrêt *Soering* c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, req. 14038/88, § 88. Voir aussi GILBERT (note 112), p. 162 ss.

209 ATF 111 IV 12; ATF 110 Ib 185; ATF 111 Ib 138. Voir aussi DONATSCH *et al.* (note 179), p. 81.

210 Avis de droit de la Direction du droit international public, 16.07.2002, JAAC 2004 p. 1030 ss. Voir aussi MALINVERNI *et al.* (note 13), N 362; SCHABAS (note 7), p. 179.

211 CourEDH, arrêt *Iorgov* c. Bulgarie (N° 2) du 2 septembre 2010, req. 36295/02, § 48; CourEDH, arrêt *Othman* (Abu Qatada) c. Royaume-Uni du 17 janvier 2012, req. 8139/09, § 185; CourEDH (GC), arrêt *Saadi* c. Italie du 28 février 2008, req. 37201/06, § 125 et 138. Voir aussi CHRISTOPH GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights*, Bâle 2014, art. 3 N 7 ss.

terroriste²¹². L'art. 15 CEDH ne permet pas non plus d'y déroger en temps de guerre ou en cas d'un autre danger national²¹³.

En cas de risque de violation des droits de l'homme dans l'État requérant, l'État requis ne peut simplement refuser la remise de la personne. Il doit demander des informations complémentaires en particulier quant au régime de détention (lieu et conditions) «afin de vérifier l'existence d'un risque concret et réel de violation de la Convention en cas de remise»²¹⁴, ce qui n'enlève rien à l'obligation des autorités requises de s'assurer qu'en cas de remise, l'extradé ne courra pas de risque de traitement contraire à l'art. 3 CEDH²¹⁵. En effet, il existe une véritable «obligation des États de ne pas extraditer une personne vers un pays qui demande son extradition lorsqu'il y a des motifs sérieux de croire que l'intéressé, si on l'extrade vers ce pays, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3»²¹⁶. La CourEDH ne fait pas de distinction entre torture et traitements inhumains et dégradants en matière d'extradition. En effet, une telle catégorisation des risques encourus serait difficile à établir de manière prospective, ce d'autant s'agissant d'un État autre que celui où se trouve la personne au moment où le raisonnement doit être fait²¹⁷.

S'agissant en particulier du risque de condamnation à une peine de mort dans l'État requérant, la Cour, dans l'arrêt *Soering* contre Royaume-Uni²¹⁸ (extradition vers les États-Unis d'Amérique), l'a considérée au regard de l'art. 3 CEDH (et non de la protection du droit à la vie prévue à l'art. 2 CEDH, cette disposition ne prohibant pas la peine de mort). La Cour a procédé à un raisonnement en deux temps, au regard des circonstances concrètes du cas. Elle s'est demandé si l'extradable risquait «vraiment» de se voir condamner à la peine capitale, donc exposer au «syndrome du couloir de la mort»²¹⁹. Ensuite, elle a analysé si le syndrome du couloir de la mort constituait un traitement incompatible avec l'art. 3 CEDH²²⁰. À cet égard, elle a indiqué qu'«(a)ucun détenu condamné à mort ne saurait éviter l'écoulement d'un certain délai entre le prononcé et l'exécution de la peine, ni les fortes tensions inhérentes au régime rigoureux d'incarcération nécessaire. [...] La Cour reconnaît, avec la Commission, que le système judiciaire auquel le requérant se verrait assujéti aux États-

212 CourEDH (GC), arrêt *Öcalan* c. Turquie du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 179.

213 CourEDH (GC), arrêt *Öcalan* c. Turquie du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 177; CourEDH (GC), arrêt *Chahal* c. Royaume-Uni du 15 novembre 1996, req. 22414/93, § 79.

214 CourEDH, arrêt *Romeo Castaño* c. Belgique du 9 juillet 2019, req. 8351/17, § 89.

215 CourEDH, arrêt *Romeo Castaño* c. Belgique du 9 juillet 2019, req. 8351/17, § 92.

216 CourEDH, arrêt *Romeo Castaño* c. Belgique du 9 juillet 2019, req. 8351/17, § 92, et les références citées.

217 CourEDH, arrêt *Babar Ahmad* et autres, § 169 ss, en particulier § 171.

218 CourEDH, arrêt *Soering* c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, req. 14038/88. Sur cette affaire en général, voir *ZÜHLKE/PASTILLE* (note 134) et, notamment, les références citées par ces auteurs en note 2.

219 CourEDH, arrêt *Soering* c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, req. 14038/88, § 93 ss.

220 CourEDH, arrêt *Soering* c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, req. 14038/88, § 100 ss.

Unis n'est en soi ni arbitraire ni déraisonnable; au contraire, il respecte la prééminence du droit et accorde à l'accusé passible de la peine de mort des garanties procédurales non négligeables. Les détenus du «couloir de la mort» bénéficient d'une assistance, par exemple sous la forme de services psychologiques et psychiatriques. Eu égard, cependant, à la très longue période à passer dans le «couloir de la mort» dans des conditions aussi extrêmes, avec l'angoisse omniprésente et croissante de l'exécution de la peine capitale, et à la situation personnelle du requérant, en particulier son âge et son état mental à l'époque de l'infraction, une extradition vers les États-Unis exposerait l'intéressé à un risque réel de traitement dépassant le seuil fixé par l'art. 3»²²¹.

Après l'entrée en vigueur du Protocole 13 à la CEDH, la Cour a constaté, dans l'arrêt *Öcalan* contre Turquie, une certaine évolution²²² s'agissant de la protection contre la peine de mort découlant de l'art. 2 CEDH²²³. Finalement, en 2010, dans l'arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi* contre Royaume-Uni²²⁴ au vu du nombre de ratifications du Protocole 13, la Cour a estimé que «le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 2 n'interdit plus d'interpréter les mots «peine ou traitement inhumain ou dégradant» de l'article 3 comme s'appliquant à la peine de mort»²²⁵. Il n'en demeure pas moins que l'art. 3 CEDH trouve toujours application s'agissant de la condamnation à la peine de mort au regard de la perspective du «couloir de la mort». Dans ces cas de figure, lorsqu'il existe un risque que l'extraditable soit condamné à une telle peine, des garanties internationales seront exigées (*infra* C.III.3.).

En sus du risque de condamnation à la peine capitale, s'est également posée devant la CourEDH la question de la compatibilité du risque de prononcé d'une peine privative de liberté à vie avec l'art. 3 CEDH. La Cour a décidé à ce propos qu'un tel risque est en soi compatible avec l'art. 3²²⁶, à moins que ladite peine revête un caractère incompressible²²⁷. Dans ce cas, si l'extradition expose «ef-

221 CourEDH, arrêt *Soering* c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, req. 14038/88, § 111; Sur cet aspect, voir MARIO CHIAVARIO, Peine de mort et extradition: la perspective européenne et les chemins de la Cour constitutionnelle italienne, in: Christian-Nils Robert/Bernhard Sträuli (éd.), Procédure pénale, Droit pénal international, Entraide pénale, Études en l'honneur de Dominique Poncet, Chêne-Bourg 1997, p. 155.

222 CourEDH (GC), arrêt *Öcalan* c. Turquie du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 162 et 165.

223 CourEDH (GC), arrêt *Öcalan* c. Turquie du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 162 et 165. Sur cet aspect, voir LEACH (note 55), p. 237.

224 CourEDH, arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi* c. Royaume-Uni du 2 mars 2010, req. 61498/08.

225 CourEDH, arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi* c. Royaume-Uni du 2 mars 2010, req. 61498/08, § 120. Voir aussi GRABENWARTER (note 212), art. 2 N 10.

226 CourEDH, arrêt *Iorgov* c. Bulgarie (N° 2) du 2 septembre 2010, req. 36295/02, § 48; CourEDH, arrêt *Sawoniuk* c. Royaume-Uni du 29 mai 2001, req. 63716/00.

227 CourEDH, arrêt *Trabelsi* c. Belgique du 4 septembre 2014, req. 140/10, § 113, renvoi à CourEDH (GC), arrêt *Kafkaris* c. Chypre du 12 février 2008, req. 21906/04, § 97 ss et les références citées (portant sur une condamnation à perpétuité, sans aspect d'extradition); CourEDH, arrêt *Iorgov* c. Bulgarie (N° 2) du 2 septembre 2010, req. 36295/02, § 48 ss et les références citées; CourEDH, arrêt *Nivette* c. France du 3 juillet 2001, req. 44190/98; CourEDH, arrêt *Stanford* c. Royaume-Uni du 12 décembre 2002, req. 73299/01. Sur ces aspects, voir BIGLER/

fectivement» l'extradable à un risque de peine à perpétuité incompressible, elle n'est pas compatible avec l'art. 3 CEDH²²⁸.

Plus généralement, les conditions de détention, et en particulier la situation dans les établissements pénitentiaires, dans l'État requérant doivent également être analysées au regard d'une potentielle violation de l'art. 3 CEDH. Le Tribunal fédéral se réfère dans ce cadre régulièrement à la jurisprudence de la CEDH, notamment s'agissant du surpeuplement des cellules, du caractère suffisant des soins médicaux ou de la salubrité²²⁹. En cas de risque de violation de l'art. 3 CEDH en lien avec les conditions de détention dans l'État requérant, l'extradition peut toutefois être accordée moyennant la fourniture préalable de garanties formelles²³⁰ (*infra* C.III.3.). Ainsi, à titre d'exemple, la Suisse a envisagé²³¹ (puis renoncé²³²) de solliciter des garanties de la part de l'Italie quant aux conditions de détention, en particulier les dimensions des cellules, respectivement l'espace de vie, après que cet État ait été condamné par la Cour EDH à cet égard dans l'affaire Torreggiani²³³. Des garanties ont en revanche été demandées notamment de la part de la Roumanie²³⁴ à la suite de l'arrêt rendu dans l'affaire Rezmives²³⁵.

b. L'article 6 CEDH

Les garanties procédurales, telles qu'elles découlent de l'art. 6 CEDH garantissant le droit à un procès équitable, peuvent également constituer un motif de refus de l'extradition, à moins que des garanties préalables appropriées ne puissent être sollicitées et obtenues²³⁶ (*infra* C.III.3.). Ainsi, à titre d'exemple, lorsque l'extradition est sollicitée en vue de l'exécution d'une condamnation prononcée *in absentia*, se posera la question de la compatibilité de ladite

GONIN (note 153), art. 3 N 90 et les références citées; FRANK MEYER/MARTA WIECKOWSKA, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2012, forumpoenale 2013, p. 243; VERMEULEN/BATTIES (note 206), p. 398 ss et 422.

228 Cour EDH, arrêt Trabelsi c. Belgique du 4 septembre 2014, req. 140/10, § 122 et 130 et les références citées.

229 ATF 134 IV 156, JdT 2009 IV 59, c. 6.2 et les nombreuses références citées; ATF 126 II 324, c. 4e; ATF 123 II 161, JdT 1998 I 449, c. 6e et f; TF, 1A. 17/2005, 11.04.2005, c. 3.4; TF, 1A.118/2003, 26.06.2003, c. 4.2; TF, 1A.118/2003, 26.06.2003, c. 4.3.

230 Voir ATF 134 IV 156, JdT 2009 IV 59, c. 6.3; ATF 133 IV 76, JdT 2009 IV 17, c. 4.5.

231 TPF, RR.2014.30, 21.03.2014, c. 2.4.

232 TF, 1C_176/2014, 12.05.2014, c. 4.3 ss..

233 Cour EDH, arrêt Torreggiani et autres c. Italie du 8 janvier 2013, req. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10, § 70 ss.

234 TPF, RR.2019.222, 09.10.2019, c. 5.2. Pour d'autres exemples, voir LUDWICZAK GLASSEY (note 205).

235 Cour EDH, arrêt Rezmives et autres c. Roumanie du 25 avril 2017, req. 61467/12, 39516/13, 48231/13 et 68191/13, § 81 ss.

236 Sur les garanties en matière de *in absentia*, voir en particulier ANTONIN CHARRIÈRE, Extradition et garanties diplomatiques: examen de la pratique suisse, en particulier lorsque l'extradable a été jugé par défaut dans l'État requérant, PJA 2016, p. 879 ss.

condamnation avec l'art. 6 CEDH²³⁷. De même, peuvent être demandées des garanties permettant de s'assurer que l'extradé aura la possibilité de s'entretenir avec son avocat²³⁸, de recevoir la visite, en détention, de la part de représentants des autorités suisses²³⁹ ou qu'il sera détenu dans un certain endroit (ou ne sera pas détenu au-delà d'un certain périmètre), avec l'obligation pour l'État requérant d'informer la Suisse de tout changement²⁴⁰. Pour le surplus, sur la question du respect des exigences en matière de droits procéduraux, le lecteur est invité à se référer à la contribution relative à l'influence de la CEDH sur le droit procédural suisse²⁴¹.

2. *Éléments déterminants*

a. *Faits pertinents*

S'agissant des faits pertinents dont l'État requis doit tenir compte pour déterminer s'il est en présence d'un «risque réel», au-delà du doute raisonnable²⁴², que l'extradé soit soumis à des traitements contraires à l'art. 3 CEDH une fois remis à l'État requérant, la CourEDH préconise de prendre en compte tous les faits connus jusqu'à la date de la décision²⁴³. Il s'agit des faits dont l'État requis avait, mais aussi ceux dont il devait avoir connaissance au moment de l'extradition²⁴⁴.

Si l'affaire est portée devant la CourEDH, celle-ci pourra tenir compte de renseignements ultérieurs, qui peuvent servir à confirmer ou infirmer la manière dont l'État requis a jugé du bien-fondé des craintes de l'extradé. Elle se fondera sur l'ensemble des éléments qui lui sont fournis ou, au besoin, qu'elle se procure d'office²⁴⁵. Si l'extradition ne s'est pas produite au moment où la

237 Voir notamment CourEDH, arrêt Pirozzi c. Belgique du 17 avril 2018, req. 21055/11, § 70; TPF, RR.2015.287, 25.11.2015; TPF 2012 23; TPF, RR.2012.57, 13.04.2012; TPF, RR.2017.55, 11.04.2017; TF, 1C_192/2012, 03.05.2012; TPF, RR.2013.101, 21.11.2013; TPF, BH.2005.22, 28.07.2005; ROUILLER/JOMINI (note 134), p. 244 ss.

238 ATF 134 IV 156, JdT 2009 IV 59, c. 6.14.3; ATF 133 IV 76, c. 4.2 et 4.7.

239 ATF 134 IV 156, JdT 2009 IV 59, c. 6.14.1; ATF 133 IV 76, c. 4.8.

240 TPF, RR.2014.283, 26.01.2015.

241 SARAH SUMMERS, *infra*, Trials and Punishment in the Rule of Law: The Influence of the ECHR on Criminal Law and Process, p. 277°ss.

242 Sur cet aspect, voir VERMEULEN/BATTJES (note 206), p. 416 et 418 ss.

243 CourEDH, arrêt Calovskis c. Lettonie du 24 juillet 2014, req. 22205/13, § 132; CourEDH, arrêt Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni du 30 octobre 1991, req. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, § 107; CourEDH, arrêt Cruz Varas c. Suède du 20 mars 1991, req. 15576/89, § 76.

244 CourEDH, arrêt Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni du 30 octobre 1991, req. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, § 107; CourEDH, arrêt Harkins et Edwards c. Royaume-Uni du 17 janvier 2012, req. 9146/07 et 32650/07, § 120 ss; CourEDH, arrêt Cruz Varas et autres c. Suède du 20 mars 1991, req. 15576/89, § 75 ss et 83; CourEDH (GC), arrêt Matkoulou et Askarov c. Turquie du 4 février 2005, req. 46827/99 et 46951/99, § 69.

245 CourEDH, arrêt Allanazarova c. Russie du 14 février 2017, req. 46721/15, § 68; CourEDH, arrêt H.L.R. c. France du 29 avril 1997, § 37; CourEDH, arrêt Salah Sheekh c. Pays-Bas du

CourEDH examine l'affaire, elle doit procéder à cet examen «à la lumière des circonstances présentes, tout en tenant compte des faits antérieurs dans la mesure où ils permettent d'éclairer la situation actuelle»²⁴⁶.

b. Situation générale et cas particulier

L'examen de la question doit se concentrer sur les conséquences prévisibles de l'extradition vers l'État requérant, compte tenu de la situation générale dans l'État en question et des circonstances propres au cas de l'intéressé²⁴⁷. Le raisonnement a ainsi lieu en deux étapes²⁴⁸.

Dans une première étape, afin d'apprécier la situation générale dans l'État requérant, une certaine importance peut être accordée aux informations contenues dans des rapports récents d'organisations indépendantes de défense des droits de l'homme et aux informations issues de sources gouvernementales²⁴⁹. Cette appréciation implique inévitablement pour l'État requis un jugement de valeur sur les affaires internes de l'État requérant, en particulier sur son régime politique, ses institutions, sa conception des droits fondamentaux et leur respect effectif, et sur l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire²⁵⁰. Par conséquent, les autorités de l'État requis doivent faire preuve d'une prudence particulière, ce qui implique que les exigences en matière de preuve, à charge de l'extradable (*infra* C.III.2.c), sont d'autant plus conséquentes.

Dans une seconde étape, dont le Tribunal fédéral dit qu'il s'agit d'un élément déterminant²⁵¹, il doit être procédé à une évaluation concrète du danger encouru par l'extradable au vu de sa situation personnelle et des circonstances

11 janvier 2007, req. 1948/04, § 136; CourEDH, arrêt Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni du 30 octobre 1991, req. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, § 107; CourEDH, arrêt Harkins et Edwards c. Royaume-Uni du 17 janvier 2012, req. 9146/07 et 32650/07, § 120 ss; CourEDH, arrêt Cruz Varas et autres c. Suède du 20 mars 1991, req. 15576/89, § 75 ss et 83.

246 CourEDH (GC), arrêt Chahal c. Royaume-Uni du 15 novembre 1996, req. 22414/93, § 85 ss; CourEDH, arrêt Allanazarova c. Russie du 14 février 2017, req. 46721/15, § 68; CourEDH (GC), arrêt Mamatkoulov et Askarov c. Turquie du 4 février 2005, req. 46827/99 et 46951/99, § 69.

247 CourEDH, arrêt Allanazarova c. Russie du 14 février 2017, req. 46721/15, § 69; CourEDH, arrêt Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni du 30 octobre 1991, req. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, § 108; CourEDH, arrêt Umirov c. Russie du 11 septembre 2012, req. 17455/11, § 94; ATF 108 Ib 408, c. 2.3.

248 CourEDH, arrêt Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni du 17 janvier 2012, req. 8139/09, § 187; CHARRIÈRE (note 237), p. 880 ss.

249 CourEDH (GC), arrêt Chahal c. Royaume-Uni du 15 novembre 1996, req. 22414/93, § 99 ss; CourEDH, arrêt Müslim c. Turquie du 26 avril 2005, req. 53566/99, § 67; CourEDH, arrêt Said c. Pays-Bas du 5 juillet 2005, req. 2345/02, § 54.

250 ATF 130 II 217, c. 8.1; ATF 129 II 268, c. 6.1; ATF 125 II 356, c. 8a; ATF 123 II 161, c. 6b; ATF 123 II 511, c. 5b et les arrêts cités.

251 ATF 134 IV 156, JdT 2009 IV 59, c. 6.8.

du cas d'espèce²⁵². L'appartenance de la personne à un groupe particulièrement exposé joue un rôle important à cet égard²⁵³.

c. Fardeau de la preuve

En principe, il appartient à l'extradable de produire des éléments susceptibles de démontrer qu'il y a des raisons sérieuses de penser que, en cas d'extradition, il serait exposé à un risque réel de se voir infliger des traitements contraires à l'art. 3 CEDH²⁵⁴. Devant la CourEDH, il incombera à l'État de dissiper les doutes éventuels qu'ils pourraient faire naître²⁵⁵. Il ressort de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral qu'il ne suffit pas que l'extradable se prétende menacé du fait d'une situation politico-juridique spéciale dans l'État requérant. Il lui appartient de «rendre vraisemblable» l'existence d'un risque sérieux et objectif d'une grave violation des droits de l'homme dans l'État requérant, susceptible de le toucher de manière concrète²⁵⁶.

Pour tomber sous le coup de l'art. 3 CEDH, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité²⁵⁷. Afin d'apprécier la valeur des éléments de preuve apportés dans l'établissement des traitements contraires à l'art. 3 CEDH, il y a lieu de se référer au critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable». D'après la CourEDH, une telle preuve peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants. Le comportement des parties lors de la recherche des preuves entre en ligne de compte dans ce contexte²⁵⁸.

Lorsque l'extradition est demandée par un État partie à la CEDH, il existe, en application des principes de la confiance et de la bonne foi internationales, une présomption selon laquelle la CEDH sera respectée²⁵⁹. Dans une telle configuration, le fardeau de la preuve que supporte l'extradable est d'autant plus conséquent. De pures affirmations théoriques, même si elles sont détaillées, ne sont pas suffisantes. La pratique suisse veut en particulier qu'en présence de versions contradictoires fournies par l'extradable, d'une part, et par

252 ATF 117 Ib 64, JdT 1993 IV 63, c. 5f; ATF 115 Ib 68, JdT 1990 IV 82, c. 6.

253 ATF 134 IV 156, JdT 2009 IV 59, c. 6.8; ATF 139 II 65, c. 5.4; TPF 2010 56, c. 6.3.2.

254 CourEDH, arrêt Allanzarova c. Russie du 14 février 2017, req. 46721/15, § 71; CourEDH, arrêt J. K. et autres c. Suède du 23 août 2016, req. 59166/12, § 91; CourEDH, arrêt N. c. Finlande du 26 juillet 2005, req. 38885/02, § 167.

255 CourEDH, arrêt Allanzarova c. Russie du 14 février 2017, req. 46721/15, § 71; CourEDH (GC), arrêt Saadi c. Italie du 28 février 2008, req. 37201/06, § 129; CourEDH, arrêt Riabikine c. Russie du 19 juin 2008, req. 8320/04, § 112.

256 ATF 129 II 268, c. 6.1; ATF 125 II 356, c. 8a; ATF 123 II 161, c. 6b; ATF 123 II 511, c. 5b et les arrêts cités; ATF 130 II 217, c. 8.1; ATF 122 II 373, c. 2a, et les arrêts cités. Voir aussi LUDWICZAK GLASSEY (note 205), N 4.

257 CourEDH, arrêt Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni du 30 octobre 1991, req. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, § 107; CourEDH, arrêt Harkins et Edwards c. Royaume-Uni du 17 janvier 2012, req. 9146/07 et 32650/07, § 120 ss.

258 CourEDH (GC), arrêt Öcalan c. Turquie du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 180.

259 ATF 126 II 324, c. 4a; ATF 122 II 140, c. 5c; TPF RR.2012.122, 12. 12.2012, c. 1.6.4.

l'État requérant l'extradition, d'autre part, versions qui seraient par hypothèse aussi vraisemblables l'une que l'autre, la Suisse doit se ranger à la seconde, à moins que la mauvaise foi de l'État requérant soit manifeste²⁶⁰.

3. Garanties internationales

Afin d'éviter de devoir refuser systématiquement la coopération en cas de risque de violation des exigences posées par la CEDH, il est possible de soumettre l'acceptation à la fourniture préalable, par l'État requérant, de garanties internationales²⁶¹. Celles-ci ont pour but – et doivent être à même – de pallier le risque de violation. La CourEDH considère toutefois que la seule fourniture de garanties n'est en elle-même pas suffisante pour assurer une protection satisfaisante contre le risque de mauvais traitements: il faut vérifier qu'elles prévoient, dans leur application pratique, une garantie suffisante que l'extraditable sera protégé contre le risque de mauvais traitements. Par ailleurs, le poids à leur accord dépend, dans chaque cas, des circonstances prévalant à l'époque considérée²⁶².

La première question qui se pose au moment d'apprécier la manière dont les assurances seront appliquées en pratique et de déterminer le poids qui doit leur être accordé est celle de savoir si la situation générale en matière de droits de l'homme dans l'État d'accueil n'est pas telle qu'il doit être exclu d'accepter quelque assurance que ce soit de sa part. La Cour retient cependant que ce n'est que dans de rares cas que la situation générale dans un État donné implique qu'il n'est possible d'accorder absolument aucun poids aux assurances qu'il fournit²⁶³. L'analyse doit avoir lieu en deux temps. Tout d'abord, il y a lieu d'apprécier la qualité des assurances données puis, à la lumière des pratiques de l'État requérant, d'évaluer leur fiabilité²⁶⁴. Ce faisant, il faut tenir compte notamment des onze facteurs suivants, systématisés en 2012 dans l'arrêt Othman (Abu Qatada) contre Royaume-Uni:

260 ATF 117 Ib 337, c. 2b. Voir aussi CHARRIÈRE (note 237), p. 882.

261 Voir DONATSCH *et al.* (note 179), p. 87 ss; GONIN, N 2051; FRANK MEYER/LUKAS STAFFLER, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2017, forumpoenale 2018, p. 449 ss; SINNER (note 104), art. 3 N 25 et les références citées. Pour une critique de cet outil, voir notamment CHARRIÈRE (note 237); STEFAN WEHRENBURG/IRENE BERNHARD, Auslieferung trotz kritischer Menschenrechtslage – Einhaltung von Menschenrechten durch diplomatische Garantien?, Jusletter 21 avril 2008, et les références citées.

262 CourEDH, arrêt Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni du 17 janvier 2012, req. 8139/09, § 187; CourEDH (GC), arrêt Saadi c. Italie du 28 février 2008, req. 37201/06, § 148.

263 CourEDH, arrêt Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni du 17 janvier 2012, req. 8139/09, § 188; voir aussi notamment CourEDH, arrêt Gaforov c. Russie du 21 octobre 2010, req. 25404/09, § 138; CourEDH, arrêt Sultanov c. Russie du 4 novembre 2010, req. 15303/09, § 73.

264 CourEDH, arrêt Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni du 17 janvier 2012, req. 8139/09, § 189. Voir à ce propos MEYER/WIECKOWSKA (note 228), p. 242 ss.

- la communication ou non des termes des assurances à l'État requis, respectivement à la Cour²⁶⁵;
- le caractère soit précis soit général et vague des assurances²⁶⁶;
- l'auteur des assurances et sa capacité ou non à engager l'État requérant²⁶⁷;
- dans les cas où les assurances ont été données par le gouvernement central de l'État requérant, la probabilité que les autorités locales les respectent²⁶⁸;
- le caractère légal ou illégal dans l'État requérant des traitements au sujet desquels les assurances ont été données²⁶⁹;
- le fait qu'elles émanent ou non d'un État partie à la CEDH²⁷⁰;
- la durée et la force des relations bilatérales entre les États requérant et requis, y compris l'attitude passée de l'État requérant face à des assurances analogues²⁷¹;
- la possibilité ou non de vérifier objectivement le respect des assurances données par des mécanismes diplomatiques ou par d'autres mécanismes de contrôle, y compris la possibilité illimitée de rencontrer les avocats de l'extradable²⁷²;
- l'existence ou non d'un vrai système de protection contre la torture dans l'État requérant et la volonté de cet État de coopérer avec les mécanismes internationaux de contrôle, dont les ONG de défense des droits de l'homme,

265 CourEDH, arrêt Riabikine c. Russie du 19 juin 2008, req. 8320/04, § 119; CourEDH, arrêt Mouminov c. Russie du 11 décembre 2008, req. 42502/06, § 97.

266 CourEDH (GC), arrêt Saadi c. Italie du 28 février 2008, req. 37201/06; CourEDH, arrêt Klein c. Russie du 1^{er} avril 2010, req. 24268/08, § 55; CourEDH, arrêt Khaydarov c. Russie du 20 mai 2010, req. 21055/09, § 111.

267 CourEDH, arrêt Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie du 12 avril 2005, req. 36378/02, § 344; CourEDH, arrêt Kordian c. Turquie du 4 juillet 2006, req. 6575/06; CourEDH, arrêt Salem c. Portugal du 9 mai 2006, req. 26844/04. Pour une solution différente, voir CourEDH, arrêt Ben Khemais c. Italie du 24 février 2009, req. 246/07, § 59; CourEDH, arrêt Garayev c. Azerbaïdjan du 10 juin 2010, req. 53688/08, § 74; CourEDH, arrêt Baysakov et autres c. Ukraine du 18 février 2010, req. 54131/08, § 51; CourEDH, arrêt Soldatenko c. Ukraine du 23 octobre 2008, req. 2440/07, § 73.

268 CourEDH (GC), arrêt Chahal c. Royaume-Uni du 15 novembre 1996, req. 22414/93, § 105 ss.

269 CourEDH, arrêt Cipriani c. Italie du 30 mars 2010, req. 22142/07; CourEDH, arrêt Saoudi c. Espagne du 19 septembre 2006, req. 22871/06; CourEDH, arrêt Ismaili c. Allemagne du 15 mars 2001, req. 58128/00; CourEDH, arrêt Nivette c. France du 3 juillet 2001, req. 44190/98; CourEDH, arrêt Einhorn c. France du 16 octobre 2001, req. 71555/01.

270 CourEDH, arrêt Chentiev et Ibragimov c. Slovaquie du 14 septembre 2010, req. 21022/08 et 51946/08; CourEDH, arrêt Gasayev c. Espagne du 7 février 2009, req. 48514/06.

271 CourEDH, arrêt Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni du 10 avril 2012, req. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, § 107 ss; CourEDH, arrêt Al-Moayad c. Allemagne du 20 février 2007, req. 35865/03, § 68.

272 CourEDH, arrêt Chentiev et Ibragimov c. Slovaquie du 14 septembre 2010, req. 21022/08 et 51946/08; CourEDH, arrêt Gasayev c. Espagne du 7 février 2009, req. 48514/06. Pour une solution différente, voir CourEDH, arrêt Ben Khemais c. Italie du 24 février 2009, req. 246/07, § 61; CourEDH, arrêt Riabikine c. Russie du 19 juin 2008, req. 8320/04, § 119; CourEDH, arrêt Kolesnik c. Russie du 17 juin 2010, req. 26876/08, § 73.

d'enquêter sur les allégations de torture et de sanctionner les auteurs de tels actes²⁷³;

- le fait que l'extradable ait ou non déjà été maltraité dans l'État requérant²⁷⁴; et
- l'examen ou l'absence d'examen par les juridictions internes de l'État requis de la fiabilité des assurances²⁷⁵.

Bien que la Suisse fasse usage depuis de nombreuses années des garanties diplomatiques lorsqu'elle soumet l'extradition à certains États (*infra* C.III.4.), les critères systématisés par la Cour dans l'arrêt Othman n'ont été repris expressément par nos tribunaux qu'en 2021²⁷⁶. Dans cette affaire, portant sur un cas d'extradition à la Russie, les garanties exigées de cet État ont été durcies. Ainsi, elles ont désormais la teneur suivante²⁷⁷:

- les garanties de procédure reconnues par la CEDH et le Pacte ONU II seront accordées à l'extradable;
- aucun tribunal d'exception ne pourra être saisi des actes délictueux imputés à l'extradable;
- la peine de mort ne sera ni requise, ni prononcée, ni appliquée à l'égard de l'extradable, l'obligation de droit international contractée par la Russie à cet égard rendant impossible au recourant l'art. 6 ch. 2 Pacte ONU II;
- l'extradable ne sera soumis à aucun traitement portant atteinte à son intégrité physique et psychique, sa situation ne pouvant pas être aggravée lors de sa détention avant jugement ou lors de l'exécution de la peine en raison de considérations fondées sur ses opinions ou ses activités politiques, son appartenance à un groupe social déterminé, sa race, sa religion ou sa nationalité;
- aucun acte commis par l'extradable antérieurement à la remise et pour lequel l'extradition n'a pas été consentie ne donnera lieu à la poursuite, à la condamnation ou à la ré-extradition à un État tiers et aucun autre motif à l'extradition n'entraînera une restriction à la liberté individuelle de l'extradable;

273 CourEDH, Ben Khemais c. Italie du 24 février 2009, req. 246/07, § 59 ss; CourEDH, arrêt Soldatenko du 23 octobre 2008, req. 2440/07, § 73; CourEDH, arrêt Koktysh c. Ukraine du 10 décembre 2009, req. 43707/07, § 63.

274 CourEDH, arrêt Koktysh c. Ukraine du 10 décembre 2009, req. 43707/07, § 64.

275 CourEDH, arrêt Gasayev c. Espagne du 7 février 2009, req. 48514/06; CourEDH, arrêt Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni du 10 avril 2012, req. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, § 106; CourEDH, arrêt Al-Moayad c. Allemagne du 20 février 2007, req. 35865/03, § 66 ss.

276 TPF, RR.2021.2, 08.06.2021, c. 4.4.2; TF, 1C_381/2021, 01.09.2021 (destiné à la publication aux ATF), c. 4.4. Voir aussi VERMEULEN/BATTJES (note 206), p. 422.

277 TF, 1C_381/2021, 01.09.2021 (destiné à la publication aux ATF), c. 4.1

- les conditions de la détention ne seront pas inhumaines ou dégradantes au sens de l’art. 3 CEDH et l’intégrité physique comme psychique de l’extradable sera surveillée au sens des art. 7, 10 et 17 du Pacte ONU II;
- la santé de l’extradable sera assurée de manière adéquate et l’accès à des soins médicaux suffisants en particulier aux médicaments nécessaires sera garanti;
- toute personne représentant la Suisse sera autorisée à rendre en tout temps visite à l’extradable, ceci sans annonce préalable et ces rencontres ne feront l’objet d’aucune mesure de contrôle, même visuel;
- l’extradable pourra s’adresser en tout temps au représentant diplomatique de la Suisse en Russie qui pourra s’enquérir de l’état de la procédure et assister à tous les débats judiciaires; un exemplaire de la décision mettant fin à la procédure lui sera remis;
- les autorités russes informeront le représentant diplomatique suisse en Russie du lieu de détention de l’extradable, tout comme d’un éventuel changement subséquent du lieu de sa détention;
- la personne extradée a le droit de communiquer avec son avocat ou son défenseur d’office de façon illimitée et sans surveillance;
- la famille de la personne extradée a le droit de lui rendre visite dans sa prison russe;
- le lieu précis de détention de l’extradable doit être indiqué par les autorités russes avant l’extradition de celui-ci, et se situer à tout le moins à l’ouest de l’Oural.

4. *Théorie suisse des trois cercles*

Afin de satisfaire aux exigences posées par la CourEDH, la jurisprudence suisse a développé la théorie dite des trois cercles, catégorisant les États en trois niveaux de confiance que la Suisse leur accorde en lien avec leur respect des droits de l’homme²⁷⁸. L’évaluation, voire la réévaluation de la situation dans un État peut être faite par l’Office fédéral de la justice, le Tribunal pénal fédéral ou le Tribunal fédéral²⁷⁹.

Le premier cercle est composé d’États dits «à tradition démocratique»²⁸⁰ («*Länder mit bewährter Rechtsstaatskultur*»²⁸¹) auxquels la Suisse accorde l’extradition sans réserve. Font traditionnellement partie de ce premier cercle les États de l’Union européenne²⁸². Il n’est toutefois pas exclu que la Suisse

278 ATF 134 IV 156, JdT2009 IV 59, c. 6.7; TPF 2010 56, c. 6.3.2. Voir aussi CHRISTOF RIEDO/
GERHARD FIOJKA/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, *Schweizerisches Strafprozessrecht Sowie
Rechtshilfe in Strafsachen*, Bâle 2011, N 3568 ss; LUDWICZAK GLASSEY (note 205), N 3 ss et
les références citées.

279 TF, 1C_488/2012, 10.10.2012, c. 2.4.

280 Voir par exemple TPF, RR.2008.47, 30.04.2008, c. 3.2.

281 ATF 134 IV 156, c. 6.7; TPF 2017 132, c. 7.3.2.

282 Voir par exemple TPF, RR.2008.305, 10.02.2009; TPF, RR.2015.317, 19.05.2016; TPF,
RR.2015.315, 07.03.2016, c. 4; TPF, RR.2016.199, 29.12.2016, c. 2.3 ss; TPF, RR.2016.190,

adresse à ces États un rappel visant à s'assurer que les standards CEDH seront respectés²⁸³.

À l'autre opposé du prisme, font partie du troisième groupe les États vers lesquels la Suisse n'extrade pas, tant le risque de violation des droits de l'homme est avéré, risque ne pouvant être pallié par l'octroi de garanties²⁸⁴. Tel est par exemple le cas de l'Iran.

Le deuxième cercle est composé, quant à lui, d'États où il existe des risques de violations des droits de l'homme, mais où ces risques peuvent être palliés moyennant la fourniture de garanties²⁸⁵. De telles garanties ont été sollicitées notamment de la Russie²⁸⁶, la Tunisie²⁸⁷, l'Albanie²⁸⁸, de la Serbie²⁸⁹, du Venezuela²⁹⁰ et du Burkina Faso²⁹¹.

Les cercles sont perméables, un État pouvant, selon sa situation interne, être déplacé d'un cercle vers un autre. Ainsi, la Turquie, faisant traditionnellement partie des États du deuxième cercle²⁹², a été déplacée temporairement dans le troisième durant la période qui a suivi le coup d'État de juillet 2016 et l'invocation de la dérogation aux dispositions de la CEDH au sens de l'art. 15 CEDH²⁹³. La situation a été réévaluée en 2019 et l'extradition moyennant la fourniture préalable de garanties a pu être à nouveau accordée²⁹⁴. Au vu des événements récents, il n'est pas exclu que la Russie, faisant traditionnellement partie du deuxième cercle, soit désormais catégorisée dans le troisième.

20.10.2016, c. 4.2; TPF, RR.2009.341, 12.03.2010, c. 7.4; TPF, RR.2010.132, 04.10.2010, c. 5.3; TPF, RR.2016.69, 30.05.2016, c. 5.3.2; TPF, RR.2016.285, 06.06.2017, c. 6.5; TF, 1A.265/2003, 29.01.2004, c. 3.3; TF, 1C_268/2016, 06.07.2016, c. 2.2; TF, 1C_10/2017, 17.01.2017, c. 2.3.

283 TF, 1C_316/2016, 13.07.2016; TF, 1A.15/2002, 05.03.2002, c. 4.

284 TPF 2010 56, c. 6.3.2. Voir aussi DANIEL SCHAFFNER/ANNE KÜHLER, in: Marcel Alexander Niggli/Stefan Heimgartner (éd.), Internationales Strafrecht, Basler Kommentar, Bâle 2015, art. 80p EIMP N 51.

285 ATF 134 IV 156, JdT 2009 IV 59, c. 6.4 ss. En général, voir DANIEL SCHAFFNER, Das Individuum im internationalen Rechtshilfe-recht in Strafsachen – Die dritte Dimension bei schweizerischer Unterstützung fremder Strafverfahren, Bâle 2013, p. 169 ss; SCHAFFNER/KÜHLER (note 285), art. 80p EIMP N 1 ss; ZIMMERMANN (note 124), N 653.

286 ATF 123 II 161, c. 6 f. cc; TF, 1A.17/2005, 11.04.2005, c. 3.4; TF, 1A.118/2003, 26.06.2003, c. 4.3; TF, 1C_381/2021, 01.09.2021 (destiné à la publication aux ATF).

287 ATF 111 Ib 138, c. 6.

288 TF, 1A.149/2004, 20.06.2004, c. 4.

289 TF, 1A.4/2005, 28.02.2005, c. 4 (non publié in: ATF 131 II 235).

290 TPF, RR.2015.42, 10.07.2015 c. 3 et les références citées.

291 TPF, RR.2015.54, 15.09.2015.

292 ATF 133 IV 76, JdT 2009 IV 17, c. 4; ATF 122 II 373, JdT 1998 I 641, c. 2d; TF, 1A.13/2007, 09.03.2007, c. 3.

293 TPF, RR.2016.126, 06.09.2016.

294 TPF, RR.2019.120, 21.08.2019, c. 4.3.

IV. La condition du respect de la vie privée et familiale (article 8 CEDH)

En vertu de l'art. 8 CEDH²⁹⁵,

- «1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui».

Cette disposition ne confère toutefois pas le droit de résider sur le territoire d'un État ou de ne pas en être expulsé ou extradé²⁹⁶. Dans les cas d'extradition où l'art. 8 CEDH a été invoqué, la CommissionEDH s'est fondée sur le par. 2 de cette disposition pour dire que l'atteinte au droit à la protection de la famille était une conséquence inévitable et partant acceptable de l'extradition²⁹⁷. Cette disposition peut toutefois faire obstacle à l'extradition lorsqu'elle apparaît comme une ingérence disproportionnée dans la vie familiale de l'intéressé²⁹⁸. Le Tribunal fédéral réaffirme cependant régulièrement qu'un tel refus est tout à fait exceptionnel et n'entre en ligne de compte que dans des circonstances très particulières²⁹⁹. De telles circonstances ont été retenues dans un cas d'extradition vers l'Allemagne demandée pour l'exécution d'un solde de 473 jours de peine privative de liberté pour un délit de recel. L'extradable était père de deux filles mineures en Suisse et l'incarcération avait mis sa compagne, invalide à 100% et enceinte d'un troisième enfant, dans un état anxio-dépressif générateur d'idées suicidaires. L'exécution de la peine a été poursuivie en Suisse³⁰⁰. En revanche, l'art. 8 CEDH n'a pas été retenu comme motif de refus permettant de refuser l'extradition dans de nombreux autres cas³⁰¹, notamment celui de la personne mariée, père de deux enfants en bas âge et dont l'épouse exerçait une activité professionnelle en Suisse³⁰² ou celui de la personne invoquant la nécessité de s'occuper de son enfant, celui-ci pouvant toutefois être pris en charge par sa grand-mère³⁰³.

295 En général, voir CourEDH, arrêt Aronica c. Allemagne du 18 avril 2002, req. 72032/01, § 2.

296 ATF 117 Ib 210, c. 3b.cc; TF, 1A.9/2001, 16.02.2001, c. 3c; TPF, RR.2015.203, 03.08.2015, c. 3.2.

297 ATF 117 Ib 210, c. 3cc et les références citées; TPF, RR.2015.203, 03.08.2015, c. 3.2. Voir aussi MALINVERNI *et al.* (note 13), N 425 ss; SCHABAS (note 7), p. 395.

298 ATF 129 II 100, c. 3.5; TPF, RR.2015.203, 03.08.2015, c. 3.2.

299 ATF 129 II 100, c. 3.5; TPF, RR.2015.203, 03.08.2015, c. 3.2; TF, 1A.9/2001, 16.02.2001, c. 3c; TPF, RR.2007.44, 03.05.2007, c. 6.

300 TF, 1A.263/1996, 01.11.1996, c. 3e et 4 non publiés in: ATF 122 II 485.

301 Pour d'autres exemples, voir LUDWICZAK GLASSEY (note 195), N 950 et les références citées.

302 TF, 1C_226/2017, 24.05.2017, c. 1.5.

303 TF, 1C_173/2015, 27.04.2015, c. 1.3.

Récemment, l'art. 8 CEDH a été retenu par le Tribunal pénal fédéral³⁰⁴ dans le cas d'une personne se prévalant du fait qu'elle était «le seul point de repère de ses (trois) enfants», son extradition étant ainsi disproportionnée puisqu'elle détruirait les liens familiaux. Le Tribunal pénal fédéral a tout d'abord fait état de la protection de la vie familiale au regard de la jurisprudence de la CourEDH³⁰⁵, pour se concentrer ensuite sur la portée de cette protection en lien avec l'expulsion et l'extradition³⁰⁶, tout en précisant que ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la vie privée et familiale d'une personne l'emporte sur l'objectif légitime poursuivi par son extradition³⁰⁷. L'art. 8 CEDH n'était pas violé du seul fait que la famille de l'extradé demeure en Suisse, une telle limitation de la vie familiale, qui découle intrinsèquement de l'extradition, étant inhérente à toute détention à l'étranger. En particulier, elle n'est pas disproportionnée lorsque les proches ont le droit de rendre visite à l'extradé, lui écrire et lui téléphoner³⁰⁸.

L'autorité statuant sur l'extradition se doit de peser soigneusement les intérêts juridiques en jeu. Il convient de tenir compte, d'une part, de la situation et des intérêts personnels de celui dont l'extradition est requise (et des membres de sa famille proche) et, d'autre part, de la demande d'extradition³⁰⁹. Il convient d'examiner, notamment, si la personne poursuivie doit être extradée vers son pays d'origine ou vers un pays tiers requérant ainsi que la distance entre le lieu de sa détention provisoire ou de la prison et celui de résidence des membres de sa famille proche³¹⁰. Aux termes d'une analyse très détaillée de la situation personnelle et familiale de l'extradé³¹¹, le Tribunal pénal fédéral, allant à l'encontre de la décision de l'Office fédéral de la justice, a décidé que l'extradé, «nonobstant sa précarité financière, ses limites éducatives et une certaine fragilité est le point de repère de ses (trois) enfants»; l'extrader «aboutirait, *de facto*, à l'éclatement de la famille et à la destruction des liens familiaux; le maintien de relations par voie téléphonique ou épistolaire s'avérant particulièrement difficile, voire impossible, tout particulièrement pour (l'un des enfants) qui souffre d'un lourd handicap. Une ingérence d'une telle gravité viole ainsi l'art. 8

304 TPF, RR.2019.191, 22.04.2020, c. 2.

305 TPF, RR.2019.191, 22.04.2020, c. 2.2.3 et les références citées.

306 TPF, RR.2019.191, 22.04.2020, c. 2.2.4.

307 CourEDH, arrêt *Trabelsi c. Belgique* du 4 septembre 2014, req. 140/10, § 169 et les références citées; CourEDH, arrêt *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni* du 10 avril 2012, req. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, § 252 et la référence citée.

308 TPF, RR.2019.191, 22.04.2020, c. 2.3.1; TF, 1A.199/2006, 02.11.2006, c. 3.1 et 3.2; TF, 1A.9/2001, 16.02.2001, c. 3c. Voir aussi CourEDH, arrêt *Varnas c. Lituanie* du 9 juillet 2013, req. 42615/06, § 108 et 112; TF, 1C_214/2019, 05.06.2019, c. 2.8 et les nombreuses références citées.

309 TPF, RR.2019.191, 22.04.2020, 2.3.3; ATF 123 II 279, c. 2d; TF, 1C_214/2019, 05.06.2019, c. 2.7 et les références citées

310 TF, 1C_214/2019, 05.06.2019, c. 2.7 et les références citées; CourEDH, arrêt *Trabelsi c. Belgique* du 4 septembre 2014, req. 140/10, § 170.

311 TPF, RR.2019.191, 22.04.2020, c. 2.4 ss.

CEDH sous l'angle du respect de la vie familiale». Par ailleurs, il a également été tenu compte du fait que l'extradition «réduirait à néant les efforts entrepris depuis (plusieurs années, par les services compétents) afin de rétablir et consolider, dans les meilleures conditions possibles, la fonction parentale de (l'extradable) qui a permis par ailleurs le retour de (deux des enfants) auprès de leur mère après 4 ans de placement»³¹².

D. Conclusion

Dès son entrée en vigueur en Suisse, et même à quelques reprises ponctuelles dans la perspective de celle-ci, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, complétée par les développements jurisprudentiels exerce une très importante influence sur le droit suisse, tant en droit pénal spécial qu'en droit de la coopération judiciaire internationale en matière pénale. Dans le premier domaine sous analyse dans la présente contribution, tant la détermination des éléments constitutifs des infractions prévues par le droit suisse que l'interprétation qui en est faite sont impactées. S'agissant de la coopération judiciaire internationale en matière pénale, la CEDH guide la mise en œuvre des règles applicables, tant sur le principe de l'octroi de la coopération que relativement aux étendue et modalités de celle-ci.

L'application de la CEDH s'avère d'autant plus ardue que plusieurs droits et libertés, aux effets contradictoires, doivent être considérés simultanément et conciliés. Ainsi, au titre d'exemples étudiés dans la présente contribution, le respect de la liberté d'expression (art. 10 CEDH) du journaliste, dont le rôle essentiel est d'informer le public, doit coexister avec la garantie à un procès équitable (art. 6 CEDH) du prévenu, bénéficiant de la présomption d'innocence (*cf. supra* B.III.1). En matière de coopération internationale, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (art. 3 CEDH) auxquels pourrait être exposé l'extradable doit être concilié avec l'obligation d'accorder la coopération afin d'assurer une justice pénale effective dans le cadre de la protection du droit à la vie (volet procédural de l'art. 2 CEDH). Le droit pénal doit ainsi être pensé et appliqué en tenant compte de ce nécessaire équilibre entre les intérêts en présence. Plus généralement, la nécessaire et souhaitable influence exercée par la CEDH sur le droit pénal suisse et le compromis entre impératifs de la répression pénale et respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales constituent, à n'en point douter, un défi pour les décennies à venir.

312 TPF, RR.2019.191, 22.04.2020, c. 2.6.

Résumé

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, complétée par l'abondante et dynamique jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, exerce une importante influence sur le droit pénal suisse. La présente contribution traite de ladite influence en particulier sur le droit pénal spécial, l'accent étant mis sur l'impact de la liberté d'expression et du droit au respect de la vie privée et familiale sur la définition des infractions en droit suisse. Dans un second temps, est étudié le domaine de la coopération judiciaire internationale en matière pénale, dans lequel la remise de personnes, *i.e.* l'extradition, joue un rôle majeur lorsqu'il est question pour l'État d'assurer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Abstract

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, supplemented by the extensive and dynamic case law of the European Court of Human Rights, has a significant influence on Swiss criminal law. This contribution addresses the influence in particular on special criminal law, focusing on the impact of freedom of expression and the right to respect for private and family life towards the definition of criminal offences according to Swiss law. Additionally the author examines the field of international judicial cooperation in criminal matters, in which the surrender of persons, *i.e.* extradition, plays a major role in ensuring the respect of human rights and fundamental freedoms by a State.

Zusammenfassung

Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, ergänzt durch die umfangreiche und dynamische Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, übt einen bedeutenden Einfluss auf das Schweizer Strafrecht aus. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit diesem Einfluss insbesondere auf das Sonderstrafrecht, wobei der Schwerpunkt auf den Auswirkungen der Meinungsfreiheit und des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens auf die Definition von Straftaten im Schweizer Recht liegt. In einem zweiten Schritt wird der Bereich der internationalen justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen untersucht, in dem die Überstellung von Personen, d.h. die Auslieferung, eine wichtige Rolle spielt, wenn es darum geht, die Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch den Staat zu gewährleisten.

Bibliographie sélective

- BERGER VINCENT, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 13^e éd., Paris 2014.
- BLAKESLEY CHRISTOPHER L., *Ruminations on Extradition & Human Rights*, in: DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN (édit.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 191 ss.
- BLEICHRODT EDWIN, *Right to Liberty and Security*, in: VAN DIJK PIETER *et al.* (édit.), *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, 5^e éd., Cambridge/Anvers/Portland 2018, p. 439 ss.
- BOMIO GIORGIO/GLASSEY DAVID, *La qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. La quête du juste équilibre entre efficacité et protection des libertés*, Jusletter 13 décembre 2010.
- BREITENMOSER STEPHAN, *Das Recht auf Sterbehilfe im Lichte der EMRK*, in: PETERMANN FRANK TH. (édit.), *Sterbehilfe. Grundsätzliche und praktische Fragen*, Saint-Gall 2006, p. 167 ss.
- BRUN DELPHINE, *Limites de la liberté de la presse selon les articles 10 § 2 CEDH et 293 CPS: un «mal» nécessaire justifié par le secret de l'enquête et des délibérations?*, Jusletter 25 novembre 2013.
- BULAK BEGÜM, *La liberté d'expression face à la présomption d'innocence. Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la Convention et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Genève/Zurich/Bâle 2014.
- CANDREIA PHILIPP/SCHOLL PHYLLIS, *Rahmenbedingungen der EMRK für die nationale Ausgestaltung der Sterbehilfe*, in: SUTTER PATRICK/ZELGER ULRICH (édit.), *30 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven*, Benne 2005.
- CASSANI URSULA, *Le droit pénal suisse face à l'assistance au décès*, in: BERTRAND D. *et al.* (édit.), *Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales*, 3^e éd., Chêne-Bourg 2009, p. 81 ss.
- CASSANI URSULA *et al.*, *Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international* (2018), SRIEL 2019, p. 419 ss.
- CHAIX FRANÇOIS/BERTOSSA BERNARD, *La répression de la discrimination raciale: lois d'exceptions?*, SJ 2002 II, p. 177 ss.
- CHARRIÈRE ANTONIN, *Extradition et garanties diplomatiques: examen de la pratique suisse, en particulier lorsque l'extradable a été jugé par défaut dans l'État requérant*, PJA 2016, p. 879 ss.

- CHIAVARIO MARIO, Peine de mort et extradition: la perspective européenne et les chemins de la Cour constitutionnelle italienne, in: ROBERT CHRISTIAN-NILS/STRÄULI BERNHARD (édit.), Procédure pénale, Droit pénal international, Entraide pénale, Études en l'honneur de Dominique Poncet, Chêne-Bourg 1997, p. 155 ss.
- CORBOZ BERNARD, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3^e éd., Berne 2010.
- DE COURTEN FRÉDÉRIQUE, Le refus d'extrader *in personam*, Lausanne 2006.
- DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, L'interdiction genevoise de la mendicité avalisée par le Tribunal fédéral: pas de réelle nouveauté, Jusletter 8 septembre 2008.
- DONATSCH ANDREAS, Die strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe, recht 2000, p. 141 ss.
- DONATSCH ANDREAS *et al.*, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2^e éd., Zurich 2015.
- DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN (édit.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2002.
- DONATSCH ANDREAS/THOMMEN MARC/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV. Delikte gegen die Allgemeinheit, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017.
- DOURNEAU-JOSETTE PASCAL, Cour européenne des droits de l'homme et matière pénale, Paris 2020.
- DUGARD JOHN/VAN DEN WYNGAERT CHRISTINE, Reconciling Extradition with Human Rights, American Journal of International Law 1998, p. 187 ss.
- DUTOIT HERVÉ, Réflexions autour de l'atteinte à l'honneur par voie de presse et sur la preuve libératoire de l'art. 173 ch. 2 CP. À la lumière de l'ATF 137 IV 313, Jusletter 2 avril 2012.
- EHRENZELLER BERNHARD *et al.*, Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich 2014.
- ENTENZA HECTOR, La réglementation légale suisse en matière d'accès à l'assistance au suicide: réflexions autour de l'arrêt Gross c. Suisse, RSDIE 2014, p. 189 ss.
- ERRERA ROGER, Extradition et droits de l'homme, Recueil des cours de l'Académie de droit européen, 1995, Vol. VI-2, p. 245 ss.
- ESER ALBIN/LAGODNY OTTO (édit.), Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, Freiburg im Breisgau 1992
- FIOLKA GERHARD, CEDH, deuxième section, Perinçek c. Suisse, arrêt du 17 décembre 2013 – requête n° 27510/08, forumpoenale 2014, p. 78 ss.

- FONTANA KATHARINA, Schlussstrich im Fall Perincek – Eine Anpassung des Rassismusartikels ist laut Bundesamt für Justiz nicht nötig, NZZ n°42 20.02.2016, p. 19 ss.
- FORSTER MARC, Fall Perincek: Der Europäische Gerichtshof stellt das Leugnen des Genozids an den Armeniern unter den Schutz der Menschenrechte, *forumpenale* 2014, p. 53 ss.
- GAUTHIER JEAN, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la législation pénale vaudoise, in: RAPP JEAN-MARC/OBERSON PIERRE-ANDRÉ (édit.), *Droit cantonal et Droit fédéral, Mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du 100^{ème} anniversaire de la loi sur l'Université de Lausanne*, Lausanne 1991, p. 93 ss.
- GILBERT GEOFF, *Transnational Fugitive Offenders in International Law. Extradition and Other Mechanisms*, Dordrecht/Boston/Londres 1998.
- GLESS SABINE, *Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle*, *Utrecht Law Review* 2013, p. 90 ss (cité: GLESS, Fair Trial).
- GONIN LUC, *Droit constitutionnel suisse*, Genève/Zurich 2021.
- GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne 2018.
- GRABENWARTER CHRISTOPH, *European Convention on Human Rights*, Bâle 2014.
- GRA STIFTUNG GEGEN RASSISMUS UND ANTISEMITISMUS (édit.), *Gedanken zur Rassismus-Strafnorm, 20 Jahre Art. 261^{bis} StGB*, Zurich/St Gall 2016.
- HÄFELIN ULRICH *et al.*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10^e éd., Zurich 2020.
- HAEFLIGER ARTHUR/SCHÜRMAN FRANK, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis*, 2^e éd., Berne 1999.
- HARRIS DAVID *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4^e éd., Oxford 2018.
- HEIMGARTNER STEFAN, *Auslieferungsrecht*, Zurich/Bâle/Genève, 2002.
- HEYMANN PHILIP B./HEATH GERSHENGORN IAN, *Pursuing Justice, Respecting the Law*, in: ESER ALBIN/LAGODNY OTTO (édit.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Freiburg im Breisgau 1992, p. 101 ss.

- HOTTELIER MICHEL, L'aide au suicide face aux droits de l'homme, in: PETERMANN FRANK TH. (édit.), *Sterbehilfe im Fokus der Gesetzgebung*, Saint-Gall 2006, p. 85 ss.
- HOTTELIER MICHEL/MOCK HANSPETER/PUÉCHAVY MICHEL, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2011.
- HURTADO POZO JOSÉ, Euthanasie active: vers un système plus soucieux de la liberté personnelle? Hommage à Marco Borghi, in: ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/DUBEY JACQUES/PREVITALI ADRIANO (édit.), *L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65^e anniversaire*, Zurich 2011, p. 211 ss.
- KÄLIN WALETER, *Das Prinzip des Non-Refoulement. das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Vorfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht*, Berne/Francfort, 1982.
- KARPENSTEIN ULRICH/MAYER FRANZ C. (édit.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar*, 3^e éd., Bâle 2022.
- KLIP ANDRÉ, Die EMRK und die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen, in: RENZIKOWSKI JOACHIM (édit.), *Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentliches Recht. Grundlagen einer europäischen Rechtskultur*, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 123 ss.
- KRÜSSMANN THOMAS M., *Transnationales Strafprozessrecht*, Baden-Baden 2009.
- KUNZ KARL-LUDWIG, Sterbehilfe: Der rechtliche Rahmen und seine begrenzte Dehnbarkeit, in: DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN (édit.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 613 ss.
- LANGER LORENZ, *Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Perinçek c. Suisse, Beschwerde Nr. 27510/08*, 17. Dezember 2013, PJA 2014, p. 1240 ss.
- LEACH PHILIP, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 4^e éd., Oxford 2017.
- LEGLER THOMAS, *Vie privée, image volée. La protection pénale de la personnalité contre les prises de vue*, Berne 1997.
- LUCAS VANESSA, *La légalisation de l'euthanasie active en Suisse: plaidoyer pour l'ajout d'un alinéa 2 à l'article 114 du Code Pénal*, Jusletter 13 octobre 2012.

- LUDWICZAK MARIA, Extradition dans l'affaire de la FIFA: un «cas particulièrement important». Arrêt du Tribunal fédéral, Ire Cour de droit public, IC_143/2016 du 2 mai 2016, A. contre Office fédéral de la justice, Unité Extraditions (Publication ATF prévue), PJA 2016, p. 1110 ss (cité: LUDWICZAK, FIFA).
- LUDWICZAK GLASSEY MARIA, Entraide pénale internationale, Précis de droit suisse, Bâle 2018 (cité: LUDWICZAK GLASSEY, Précis).
- LUDWICZAK GLASSEY MARIA, Extradition vers les États «à tradition démocratique», *quo vadis?* État des lieux en droits suisse et de l'Union européenne, Jusletter 30 novembre 2020 (cité: LUDWICZAK GLASSEY, Extradition).
- MACALUSO ALAIN/MOREILLON LAURENT/QUELOZ NICOLAS (édit.), Code pénal II. Art. 111–392 CP, Commentaire romand, Bâle 2017.
- MALINVERNI GIORGIO *et al.*, Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux, 4^e éd., Berne 2021.
- MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES, Constitution fédérale. Préambule – art. 80 Cst., Commentaire romand, Bâle 2021.
- MATSCHER FRANZ, Bemerkungen zur extraterritorialen oder indirekten Wirkung der EMRK, in: DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN (édit.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 25 ss.
- MASMEJAN DENIS, L'arrêt Stoll de la Cour européenne des droits de l'homme et ses conséquences possibles en droit suisse, Jusletter 28 janvier 2008.
- MAZOU MIRIAM, Diffamation en focus dans la jurisprudence fédérale, Medialex 2018, p. 91 ss.
- MCBRIDE JEREMY, Human rights and criminal procedure. The case law of the European Court of Human Rights, Strasbourg 2009.
- MEYER FRANK/STAFFLER LUKAS, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2017, forumpoenale 2018, p. 446 ss (cité: MEYER/STAFFLER, 2017).
- MEYER FRANK/STAFFLER LUKAS, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2019, forumpoenale 2020, p. 331 ss (cité: MEYER/STAFFLER, 2019).
- MEYER FRANK/WIECKOWSKA MARTA, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2012, forumpoenale 2013, p. 241 (cité: MEYER/WIECKOWSKA, 2012).

- MEYER FRANK/WIECKOWSKA MARTA, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2013 (Teil 2), *forumpoenale* 2015, p. 50 ss (cité: MEYER/WIECKOWSKA, 2013).
- MEYER FRANK/WIECKOWSKA MARTA, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2015, *forumpoenale* 2016, p. 376 ss (cité: MEYER/WIECKOWSKA, 2015).
- MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (édit.), EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4^e éd., Bâle 2017.
- MINELLI LUDWIG A., Die EMRK schützt die Suizidfreiheit Wie antwortet darauf das Schweizer Recht?, *PJA* 2004, p. 491 ss (cité: MINELLI, EMRK).
- MINELLI LUDWIG A., Das Recht auf den eigenen Tod, *RSJ* 1999, p. 575 ss (cité: MINELLI, Recht).
- MOCK HANSPETER, Indiscretions par voie de presse. Pas de protection particulière des documents diplomatiques, mais tout n'est pas pour autant permis ... Épilogue à Strasbourg de l'affaire Stoll contre la Suisse, *PJA* 2008, p. 301 ss.
- MOREILLON LAURENT (édit.), Entraide internationale en matière pénale. EIMP, TEJUS, LTEJUS, TEXUS, Commentaire romand, Bâle 2004 (cité: MOREILLON, CR EIMP).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Discrimination raciale: un commentaire au sujet de l'art. 261^{bis} CP et de l'art. 171c CPM, Zurich/Bâle/Genève 2000.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/FIOLKA GERHARD, Art. 261^{bis} StGB und die Meinungsäusserungsfreiheit, in: GRA STIFTUNG GEGEN RASSISMUS UND ANTI-SEMITISMUS (édit.), Gedanken zur Rassismus-Strafnorm, 20 Jahre Art. 261^{bis} StGB, Zurich/St Gall 2016, p. 71 ss.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEIMGARTNER STEFAN (édit.), Internationales Strafrecht, Basler Kommentar, Bâle 2015.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (édit.), Strafrecht I. Art. 1–136 StGB, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2019.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (édit.), Strafrecht II. Art. 137–392 StGB. Jugendstragesetz, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2019.
- PAPADOPOULOS LYSANDRE, Perinçek et Dieudonné à Strasbourg: un sens unique pour la liberté d'expression appliquée au discours négationniste?, *Jusletter* 8 août 2016.
- PETERMANN FRANK TH., Der Entwurf eines Gesetzes zur Suizid-Prävention, *PJA* 2004, p. 1111 ss (cité: PETERMANN, PJA).

- PETERMANN FRANK TH. (édit.), *Sterbehilfe im Fokus der Gesetzgebung*, Saint-Gall 2006.
- PETERMANN FRANK TH. (édit.), *Sterbehilfe. Grundsätzliche und praktische Fragen*, Saint-Gall 2006.
- PONCET CHARLES, *La répression du négationnisme sous l'angle de l'art. 10 CEDH*, *Medialex* 2001, p. 81 ss.
- POPP PETER, *Grunzüge der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Bâle 2001.
- PUPPINCK GRÉGOR/DE LA HOUGUE CLAIRE, *Le droit au suicide assisté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Jusletter* 27 janvier 2014.
- RENZIKOWSKI JOACHIM (édit.), *Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht. Grundlagen einer europäischen Rechtskultur*, Zurich/Bâle/Genève 2004.
- RIEDI CLAUDIO, *Auslandsbeweise und ihre Verwertung im schweizerischen Strafverfahren*, Zurich/Bâle/Genève 2018.
- RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, *Schweizerisches Strafprozessrecht. Sowie Rechtshilfe in Strafsachen*, Bâle 2011.
- RIETIKER DANIEL/REBER MARGAUX, *Affaire Lacatus contre Suisse*, *Asyl* 2021, p. 25 ss.
- ROBERT CHRISTIAN-NILS/STRÄULI BERNHARD (édit.), *Procédure pénale, Droit pénal international, Entraide pénale, Études en l'honneur de Dominique Poncet*, Chêne-Bourg 1997.
- ROUILLER CLAUDE/JOMINI ANDRÉ, *L'effet dynamique de la Convention européenne des droits de l'homme*, *RPS* 1992, p. 233 ss.
- ROUILLER CLAUDE/ROUSSIANOS LEILA, *Le droit à la vie et le droit de mourir dignement*, *Jusletter* 12 juin 2006.
- SCHABAS WILLIAM A., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford 2015.
- SCHAFFNER DANIEL, *Das Individuum im internationalen Rechtshilferecht in Strafsachen – Die dritte Dimension bei schweizerischer Unterstützung fremder Strafverfahren*, Bâle 2013.
- STELZER-WIECKOWSKA MARTA, *Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundlegende Stellung der betroffenen Person*, Zurich/Bâle/Genève 2022.
- SUDRE FRÉDÉRIC *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 10^e éd., Paris 2022.

- SUTTER PATRICK/ZELGER ULRICH (édit.), 30 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven, Benre 2005.
- TRECHSEL STEFAN, Grundrechtsschutz bei der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, EuGRZ 1987, p. 69 ss.
- VAN DIJK PIETER *et al.* (édit.), Theory and Practice of the European Convention of Human Rights, 5^e éd., Cambridge/Anvers/Portland 2018.
- VAN RIJN ARJEN, Freedom of Expression, in: VAN DIJK PIETER *et al.* (édit.), Theory and Practice of the European Convention of Human Rights, 5^e éd., Cambridge/Anvers/Portland 2018, p. 765 ss.
- VERMEULEN BEN/BATTJES HEMME, Prohibition of Torture and other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, in: VAN DIJK PIETER *et al.* (édit.), Theory and Practice of the European Convention of Human Rights, 5^e éd., Cambridge/Anvers/Portland 2018, p. 381 ss.
- WEST HANS/SIMON MANON, EGMR, Grand Chamber, Perinçek v. Switzerland (Perinçek II), Urteil vom 15. Oktober 2015 – Application no. 27510/08, PJA 2016, p. 535 ss.
- WEHRENBURG STEFAN/BERNHARD IRENE, Auslieferung trotz kritischer Menschenrechtslage – Einhaltung von Menschenrechten durch diplomatische Garrantien?, Jusletter 21 avril 2008.
- WERLY STÉPHANE, Les affaires Dammann et Stoll: un double revers pour quelles conséquences? Justlller 27.11.2006.
- WEYENETH ROBERT, Die Menschenrechte als Schranke der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Schweiz, recht 2014, p. 114 ss.
- ZIMMERMANN ROBERT, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5^e éd., Berne 2019.
- ZÜHLKE SUSANNE/PASTILLE JENS-CHRISTIAN, Extradition and the European Convention – Soering revisited, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1999, p. 749 ss.

Table des arrêts de la CommissionEDH et de la CourEDH

Les arrêts sont classés ci-après par ordre alphabétique des noms des requérants.

CommissionEDH

Lynas c. Suisse, req. 7317/75, 06.10.1976

Reinette c. France, req. 14009/88, 02.10.1989

Sanchez Ramirez (dit Carlos) c. France, req. 28780/95, 24.06.1996

CourEDH

Adamov c. Suisse, req. 3052/06, 21.06.2011

Al-Adsani c. Royaume-Uni, req. 35763/97, (GC) 21.11.2001

Al-Moayad c. Allemagne, req. 35865/03, 20.02.2007

Aliyeva et Aliyev c. Azerbaïdjan, req. 35587/08, 31.07.2014

Allanazarova c. Russie, req. 46721/15, 14.02.2017

Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni, req. 61498/08, 02.03.2010

Aronica c. Allemagne, req. 72032/01, 18.04.2002

Avotīnš c. Lettonie, req. 17502/07, (GC) 23.05.2016

Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni, req. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, 10.04.2012

Bankovic et autres c. Belgique et autres, req. 52207/99, (GC) 12.12.2001

Baysakov et autres c. Ukraine, req. 54131/08, 18.02.2010

Bédât c. Suisse, req. 56925/08, (GC) 29.03.2016

Ben Khemais c. Italie, req. 246/07, 24.02.2009

Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège, req. 21980/93, (GC) 20.05.1999

Brasilier c. France, req. 71343/01, 11.04.2006

Brunet Lecomte et Lyon Mag c. France, req. 17265/05, 06.05.2010

Burghartz c. Suisse, req. 16213/90, 22.02.1994

Calabro c. Italie et Allemagne, req. 59895/00, 21.03.2002

Calovskis c. Lettonie, req. 22205/13, 24.07.2014

Cipriani c. Italie, req. 22142/07, 30.03.2010

- Chahal c. Royaume-Uni, req. 22414/93, (GC) 15.11.1996
- Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie, req. 36378/02, 12.04.2005
- Chentiev et Ibragimov c. Slovaquie, req. 21022/08 et 51946/08, 14.09.2010
- Christine Goodwin c. Royaume-Uni, req. 28957/95, (GC) 11.07.2002
- Conka c. Belgique, req. 51564/99, 05.02.2002
- Cruz Varas et autres c. Suède, req. 15576/89, 20.03.1991
- Cummins et autres c. Royaume-Uni, req. 27306/05, 13.12.2005
- Cumpana et Mazare c. Roumanie, req. 33348/96, 17.12.2004
- Demir et Baykara c. Turquie, req. 34503/97, (GC) 12.11.2008
- Dudgeon c. Royaume-Uni, req. 7525/76, 22.10.1981
- Éditions Plon c. France, req. 58148/00, 18.05.2004
- Einhorn c. France, req. 71555/01, 16.10.2001
- Ergi c. Turquie, req. 23818/94, 28.07.1998
- Gaforov c. Russie, req. 25404/09, 21.10.2010
- García Ruiz c. Espagne, req. 30544/96, (GC) 21.01.1999
- Garayev c. Azerbaïdjan, req. 53688/08, 10.06.2010
- Gasayev c. Espagne, req. 48514/06, 17.02.2009
- Glor c. Suisse, req. 13444/04, 06.11.2009
- GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus c. Suisse, req. 18597/13, 09.01.2018
- Gross c. Suisse, req. 67810/10, 14.05.2013
- Gross c. Suisse, req. 67810/10, (GC) 30.09.2014
- G.S.B. c. Suisse, req. 28601/11, 22.12.2015
- Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie, req. 36925/07, (GC) 29.01.2019
- Haas c. Suisse, req. 31322/07, 20.01.2011
- Haldimann et autres c. Suisse, req. 21830/09, 24.02.2015
- Handyside c. Royaume-Uni, req. 5493/72, 07.12.1976
- Harkins et Edwards c. Royaume-Uni, req. 9146/07 et 32650/07, 17.01.2012
- H.L.R. c. France, req. 24573/94, 29.04.1997
- Huseynova c. Azerbaïdjan, req. 10653/10, 13.04.2017

Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie, req. 48787/99, (GC) 08.07.2004
Iorgov c. Bulgarie (N° 2), req. 36295/02, 02.09.2010
Irlande c. Royaume-Uni, req. 5310/71, 18.01.1978
Ismaili c. Allemagne, req. 58128/00, 15.03.2001
Jesild c. Danemark, req. 15890/89, (GC) 23.09.1994
J. K. et autres c. Suède, req. 59166/12, 23.08.2016
Kafkaris c. Chypre, req. 21906/04, (GC) 12.02.2008
Khaydarov c. Russie, req. 21055/09, 20.05.2010
Klein c. Russie, req. 24268/08, 01.04.2010
Koktysh c. Ukraine, req. 43707/07, 10.12.2009
Kolesnik c. Russie, req. 26876/08, 17.06.2010
Kordian c. Turquie, req. 6575/06, 04.07.2006
K. S. et M. S. c. Allemagne, req. 33696/11, 06.10.2016
Lacatus c. Suisse, req. 14065/15, 19.01.2021
Lambert et autres c. France, req. 46043/14, (GC) 05.06.2015
Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France, req. 21279/02 et 36448/02,
(GC) 22.10.2007
Mamatkoulov et Askarov c. Turquie, req. 46827/99 et 46951/99, (GC)
04.02.2005
M'Bala M'Bala c. France, req. 25239/13, 20.10.2015
Medvedyev et autres c. France, req. 3394/03, (GC) 29.03.2010
Mercan et autres c. Suisse, req. 18411/11, 28.11.2017
Mikulić c. Croatie, req. 53176/99, 04.09.2002
Minelli c. Suisse, req. 14991/02, 14.06.2005
Mouminov c. Russie, req. 42502/06, 11.12.2008
Müslim c. Turquie, req. 53566/99, 26.04.2005
N. c. Finlande, req. 38885/02, 26.07.2005
Nada c. Suisse, req. 10593/08, (GC) 12.09.2012
Nivette c. France, req. 44190/98, 03.07.2001
Öcalan c. Turquie, req. 46221/99, (GC) 12.05.2005
Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni, req. 8139/09, 17.01.2012

- Pedersen et Baadsgaard c. Danemark, req. 49017/99, (GC) 17.12.2004
- Perinçek c. Suisse, req. 27510/08, 17.12.2013
- Perinçek c. Suisse, req. 27510/08, (GC) 15.10.2015
- Pirozzi c. Belgique, req. 21055/11, 17.04.2018
- Pretty c. Royaume-Uni, req. 2346/02, 29.04.2002
- Rantsev c. Chypre et Russie, req. 25965/04, 07.01.2010
- R.B.A.B et autres c. Pays-Bas, req. 7211/06, 07.06.2016
- Rezmives et autres c. Roumanie, req. 61467/12, 39516/13, 48231/13 et 68191/13, 25.04.2017
- Riabikine c. Russie, req. 8320/04, 19.06.2008
- Romeo Castaño c. Belgique, req. 8351/17, 09.07.2019
- Rook c. Allemagne, req. 1586/15, 25.10.2019
- Saadi c. Italie, req. 37201/06, (GC) 28.02.2008
- Said c. Pays-Bas, req. 2345/02, 05.07.2005
- Salah Sheekh c. Pays-Bas, req. 1948/04, 11.01.2007
- Salem c. Portugal, req. 26844/04, 09.05.2006
- Sanchez-Reisse c. Suisse, req. 9862/82, 21.10.1986
- Saoudi c. Espagne, req. 22871/06, 18.09.2006
- Sari c. Turquie et Danemark, req. 21889/93, 08.11.2001
- Sawoniuk c. Royaume-Uni, req. 63716/00, 29.05.2001
- Schenk c. Suisse, req. 10862/84, 12.07.1988
- Shchebet c. Russie, req. 16074/07, 12.06.2008
- Skorjanec c. Croatie, req. 25536/14, 28.03.2017
- Soering c. Royaume-Uni, req. 14038/88, 07.07.1989
- Soldatenko c. Ukraine, req. 2440/07, 23.10.2008
- Stafford c. Royaume-Uni, req. 46295/99, (GC) 28.05.2002
- Stanford c. Royaume-Uni, req. 73299/01, 12.12.2002
- Stocké c. Allemagne, req. 11755/85, 19.03.1991
- Stoll c. Suisse, req. 69698/01, 25.04.2006
- Stoll c. Suisse, req. 69698/01, (GC) 10.12.2007

Sultanov c. Russie, req. 15303/09, 04.11.2010
Szabo c. Suède, req. 28578/03, 27.06.2006
Torreggiani et autres c. Italie, req. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09,
61535/09, 35315/10 et 37818/10, 08.01.2013
Tønssbergs Blad A.S. et Haukom c. Norvège, req. 510/04, 01.03.2007
Trabelsi c. Belgique, req. 140/10, 04.09.2014
Tysiãc c. Pologne, req. 5410/03, 24.09.2007
Umirov c. Russie, req. 17455/11, 18.09.2012
Varnas c. Lituanie, req. 42615/06, 09.07.2013
Vercambre c. Suisse, req. 27819/95, 15.12.1998
Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (N° 2), req. 32772/02, (GC)
30.06.2009
Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, req. 13163/87, 13164/87, 13165/87,
13447/87, 13448/87, 30.10.1991
Von Hannover c. Allemagne, req. 59320/00, 24.06.2004
Weber c. Suisse, req. 11034/84, 22.05.1990
Wingrove c. Royaume-Uni, req. 17419/90, 25.11.1996
X et Y c. Pays-Bas, req. 8978/80, 26.03.1985
Y c. Suisse, req. 22998/13, 06.06.2017

L'influence de la CEDH en droit civil: aspects choisis du droit des personnes physiques et de la famille

MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN*

* Professeure ordinaire au Département de droit civil, Faculté de droit, Université de Genève. L'auteure remercie vivement la Professeure MICHELLE COTTIER, pour ses commentaires essentiels, ainsi que Mmes ALBERTINE NECKER, JUSTINE JACQUEMOUD et LEILA ÉNA pour l'aide précieuse apportée lors des recherches pour le présent texte, ainsi que Mme SOLENN JOMINI pour ses recherches, doublées de sa relecture attentive.



Table des matières

A.	Introduction	158
B.	Relations entre la CEDH et le droit civil	159
I.	Caractéristiques de la CEDH et du droit civil	160
II.	Contrôle de la conventionnalité du droit civil	161
1.	Anticipation et résolution des conflits entre la CEDH et le droit civil	162
2.	Primauté absolue de la CEDH	163
III.	Applicabilité horizontale de la CEDH	165
1.	Réalisation des droits fondamentaux	165
2.	Obligations positives à la charge des Etats parties	167
C.	Contenu essentiel pour le droit civil des art. 8, 12 et 14 CEDH	169
I.	Droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)	170
1.	Obligations tant négatives que positives	171
2.	Intérêt supérieur de l'enfant	172
3.	Notions de «vie privée et familiale»	174
a.	Contours de la «vie familiale»	175
b.	Contours de la «vie privée»	179
4.	Liens entre les art. 8 et 12 CEDH	182
5.	Obligations procédurales	183
II.	Droit au mariage et droit de fonder une famille (art. 12 CEDH)	185
1.	Droit au mariage	186
a.	Absence d'un droit au divorce	186
b.	Sexe des conjoints	187
2.	Droit de fonder une famille	188
3.	Limitations	189
III.	Interdiction de la discrimination (art. 14 CEDH)	191
1.	Portée autonome à défaut d'existence indépendante	191
2.	Critères de distinction topiques en droit civil	192
a.	Naissance	194
b.	Sexe et orientation sexuelle	195
D.	Aspects choisis du droit des personnes physiques et de la famille à la lumière de la CEDH	196
I.	Mariage	196
1.	Démariage et remariage	197
2.	Limitations au droit de se marier	197
a.	Empêchement au mariage	197
b.	Mariages fictifs	198
aa.	Enseignements tirés des art. 12 et 8 CEDH	199
bb.	Obstacles en droit civil au mariage des étrangers	199
II.	Droit de la filiation	202
1.	Filiation biologique	204
2.	Etablissement de la filiation hors adoption	206
a.	Etablissement de la filiation maternelle	206
b.	Etablissement de la filiation paternelle	207
c.	Cas particuliers	209
aa.	Enfant mort-né	209
bb.	Accouchement confidentiel et boîte à bébé	210
cc.	Cessation de la présomption de paternité	212
3.	Contestation de la filiation hors adoption	212

a.	Conditions pour agir en contestation de la filiation	213
b.	Restitution des délais	215
4.	Adoption	218
a.	Consentements à l'adoption	220
aa.	Consentement et maintien des relations personnelles	221
bb.	Renoncement au consentement	223
b.	Adoption dans le cadre d'une union de partenaires de même sexe	225
c.	Adoption dans le cadre d'une union informelle	226
d.	Adoption par une personne seule	228
e.	Reconnaissance de l'adoption	228
5.	Procréation médicalement assistée	229
a.	Aspects choisis sous l'angle de la LPMA et de la CEDH	230
b.	Gestation pour autrui	233
6.	Droits parentaux	238
a.	Autorité parentale	238
b.	Enlèvement international d'enfants	241
aa.	But de la CLaH80	241
bb.	Enseignements tirés de l'art. 8 CEDH	242
cc.	Analyse de la jurisprudence fédérale à la lumière de la jurisprudence de la CourEDH	246
III.	Nom	248
1.	Historique du droit du nom à la lumière de la CEDH	248
2.	Nom des époux	250
3.	Nom de l'enfant	252
a.	Désaccord parental quant au choix du nom de l'enfant	253
b.	Choix du prénom	253
c.	Changement de prénom	254
E.	Conclusion	255
F.	Bibliographie	258

A. Introduction

L'influence de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, appelée communément Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), en droit civil implique le droit international et le droit interne, le droit public et le droit privé, entraînant un phénomène d'osmose entre ces domaines du droit, traditionnellement différents. Ces thèmes ne sont pas dociles à traiter, chacun étant en partie conflictuel, qu'il s'agisse de la personne, dont l'épanouissement dans les relations interindividuelles est appelé à être garanti par l'Etat, la famille, en constante mutation, ou les droits humains, dont l'invocation permanente peut également être source d'ambiguïtés¹. Les mises en garde étant posées, la CEDH constitue l'instrument le plus emblématique

1 Dans ce sens déjà: PAPAUX VAN DELDEN, Droits, p. 379.

du point de vue de la conception de la famille, de ses fondements et de son organisation.

Le sujet relatif à l'influence de la CEDH en droit civil, même circonscrit au droit des personnes physiques et de la famille, oblige à cerner les domaines analysés, en raison de l'importance de cet impact. Les droits fondamentaux consacrés par la CEDH exigent également d'opérer un choix. S'agissant de la personne et de la famille, l'art. 8 CEDH consacré au droit au respect de la vie privée et familiale est la disposition cardinale. C'est elle qui retiendra particulièrement l'attention.

La première partie sera consacrée aux relations entre la CEDH et le droit civil (B.), afin d'en circonscrire les caractéristiques (I.), avant d'analyser les mécanismes du contrôle de la conventionnalité du droit civil (II.) et de l'applicabilité horizontale de la CEDH (III.). La deuxième partie permettra de définir le contenu essentiel pour le droit civil des art. 8, 12 et 14 CEDH (C.), soit du droit au respect de la vie privée et familiale (I.), du droit au mariage et du droit de fonder une famille (II.), en lien avec l'interdiction de la discrimination (III.), dont l'impact est cardinal en particulier en relation avec la diversité des constellations familiales. La troisième partie consistera à analyser des aspects choisis du droit des personnes physiques et de la famille à la lumière de la CEDH (D.), à savoir le mariage (I.), le droit de la filiation (II.) et le nom (III.), étant précisé que la densité de la matière nous a amenées à privilégier des exemples hors de ces matières dans la première partie. Il sera temps de proposer une conclusion (E.).

B. Relations entre la CEDH et le droit civil

Les relations entre la CEDH et le droit civil mettent en lien les droits fondamentaux, élément transcendant et fédérateur des sociétés modernes, et, tout particulièrement au sein du droit civil, le droit de la famille, droit du statut et pilier culturel de chaque société; il y a une contradiction entre le caractère universel, inné des droits humains, et la relativité des droits de la famille, celle-ci étant un concept de droit par essence artificiel, qui varie en fonction du domaine du droit dans un même système juridique. Déjà en 2006 le constat était le suivant: «alors que le droit international des droits de l'homme garantit un standard de protection minimum, qui devrait théoriquement faire l'unanimité, il est au contraire en droit de la famille difficile de déterminer avec certitude les conditions nécessaires au respect des droits fondamentaux»². En 2022, le droit des familles, compte tenu de la diversité des modèles familiaux, met à

2 PAPAUX VAN DELDEN, Droits, p. 378 s. Sur ce standard minimum et les tensions y relatives: PFIFFNER/BOLLINGER, N 7 s.

l'épreuve régulièrement la sagacité de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH)³.

Pour déterminer l'influence de la CEDH en droit civil, les caractéristiques tant de la CEDH que du droit civil seront mises en évidence (I.), puis les contours du contrôle de la conventionnalité du droit civil (II.) permettront de traiter de l'applicabilité horizontale de la CEDH (III.), déterminante pour ses effets en droit civil.

I. Caractéristiques de la CEDH et du droit civil

La CEDH est un instrument de garantie et de promotion des droits fondamentaux mis en place dans le cadre du Conseil de l'Europe, signée le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953. La Suisse est devenue membre du Conseil de l'Europe le 6 mai 1963 et a ratifié la CEDH le 28 novembre 1974, date de son entrée en vigueur⁴. La CEDH garantit, d'une part, des libertés classiques, appartenant traditionnellement à la première génération de droits fondamentaux, telles que le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) et le droit au mariage (art. 12) et, d'autre part, des garanties de l'Etat de droit comme le principe de non-discrimination consacré à l'art. 14 CEDH, applicable dans la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention⁵.

Les dispositions de la CEDH se caractérisent par le fait qu'elles sont directement applicables et peuvent en conséquence être invoquées par les particuliers devant les tribunaux; il est admis que leur contenu est suffisamment clair et déterminé pour être le fondement d'une décision judiciaire concrète⁶. Le Tribunal fédéral (TF) n'examine toutefois la violation de droits fondamentaux que si ce grief est invoqué et motivé par le recourant conformément à l'art. 106 al. 2 de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF)⁷.

3 GUILLOD/BURGAT ont renommé leur ouvrage «Droit des familles», cf. N 47 sur l'influence croissante de la jurisprudence de la CourEDH; STEGMÜLLER, N 233, relève que la notion de famille soutenant les systèmes de filiation des pays européens a passé en quelques décennies de la famille nucléaire à une pluralité de familles. Sur l'apport essentiel de la jurisprudence de Strasbourg en droit suisse de la filiation: MEIER/STETTLER, N 10 et réf. note 42.

4 RS 0.101 (RO 1974 2148, 2151; FF 1974 I 1020). HOTTELIER, RTDH 2015, p. 552 ss; sur l'intégration «paisible» de la CEDH à l'orée des années 2000 en droit suisse: RIVIÈRE.

5 Le Protocole n° 12, entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, généralise l'interdiction de la discrimination. Il n'est pas ratifié par la Suisse, laquelle a ratifié la plupart des Protocoles additionnels à la Convention, sous réserve, en sus du Protocole n° 12, du Protocole n° 1 relatif à la protection de la propriété privée, au droit à l'instruction et au droit à des élections libres, et du Protocole n° 4 garantissant l'interdiction de l'emprisonnement pour dette, la liberté de circulation et l'interdiction de l'expulsion des nationaux et des expulsions collectives d'étrangers.

6 MALINVERNI *et al.* II, N 93 *in fine*. Sur l'invocabilité d'une norme de droit international par les particuliers en droit interne: CR Cst.-BESSON, art. 5 N 163 ss.

7 RS 173.110; LTF du 17 juin 2005, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 et sa version révisée au 1^{er} juillet 2022. HERTIG RANDALL, p. 119. En détail sur cette obligation: AEMISEGGER, N 42 ss.

La CEDH a pour particularité de mettre en place une instance judiciaire internationale, la CourEDH, ouverte également aux particuliers (art. 34 CEDH), ce qui a permis aux droits conventionnels de gagner une importance et un impact inégalables. Le caractère contraignant des arrêts de Strasbourg a un caractère révolutionnaire en droit international. En ratifiant la Convention, la Suisse s'est ainsi engagée, non seulement à garantir les droits et libertés fondamentales consacrés, mais également à se soumettre au mécanisme de mise en œuvre institué, ce qui implique l'application et le respect de la jurisprudence de la CourEDH par l'ensemble des autorités suisses, dont les tribunaux. A l'autorité de la chose jugée des arrêts condamnant la Suisse s'ajoute l'autorité de la chose interprétée, qui la lie également⁸. Dans ce sens, les ACEDH ont un effet *erga omnes*⁹; de l'application de la jurisprudence de la CourEDH, laquelle définit le sens et la portée de chaque droit de manière autonome, émerge un véritable «droit européen de la famille»¹⁰.

La légitimité du mécanisme conventionnel a encore été renforcée par le rejet le 25 novembre 2018 par le peuple et l'ensemble des cantons de l'initiative populaire «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)»¹¹. Il s'agit du mécanisme au monde le plus efficace de garantie des droits fondamentaux.

La caractéristique de la législation en matière de droit civil est de relever de la compétence de la Confédération conformément à l'art. 122 al. 1 de la Constitution fédérale (Cst.)¹². Le droit des personnes physiques et de la famille est ainsi régi par des normes fédérales, essentiellement issues du Code civil (CC), sous réserve de lois spécifiques, comme la loi sur la procréation médicalement assistée (LPMA)¹³, laquelle trouve son fondement constitutionnel à l'art. 119 Cst. Ces lois fédérales sont mises en œuvre par des Ordonnances, dont l'Ordonnance sur l'état civil (OEC)¹⁴.

II. Contrôle de la conventionnalité du droit civil

La Suisse suit la tradition moniste, laquelle admet la validité immédiate du droit international en droit interne¹⁵. Le principe de la primauté du droit international

8 Par ex.: ATF 136 III 168, c. 3.3.2, JdT 2010 I 335, le TF faisant application de la jurisprudence rendue dans l'ACEDH, Ünal Tekeli c. Turquie du 16 novembre 2004, n° 29865/96, Recueil 2004-X.

9 PFIFFNER/BOLLINGER, N 20 et réf. note 50.

10 WITTINGER, p. 84 ss. Voir également: GUILLOD/BURGAT, N 47 *in fine*, europanisation jugée timide; PAPAUX VAN DELDEN, Droits, p. 379.

11 FF 2019 5651; FF 2017 5027. Dans ce sens: MALINVERNI *et al.* II, N 97 *in fine*.

12 RS 101; Cst. du 18 avril 1999, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

13 Respectivement RS 210; CC du 10 décembre 1907, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1912 et RS 810.11; LPMA du 18 décembre 1998, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

14 RS 211.112.2; OEC du 28 avril 2004, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004.

15 CR Cst.-BESSON, art. 5 N 151 s. et 173 ss; AEMISEGGER, N 1; COTTIER, Impulsions, p. 136.

est ancré à l'art. 5 al. 4 Cst.: au titre de principe de l'activité de l'Etat régi par le droit, la Confédération et les cantons respectent le droit international.

L'art. 190 Cst. ajoute que le TF et toutes autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international¹⁶. La conformité des lois fédérales à la Constitution fédérale n'est ainsi pas examinée par les autorités judiciaires et administratives et il faut admettre que les dispositions fédérales doivent être appliquées même si elles sont contraires à la Constitution¹⁷. L'art. 190 Cst. commande toutefois également que le TF applique le droit international et en conséquence la jurisprudence de la CourEDH; les droits et libertés garantis par la CEDH, le sont en effet tels qu'interprétés par les juges de Strasbourg¹⁸. L'art. 190 Cst. ne règle cependant pas la question du conflit entre la CEDH et le droit fédéral, dont le droit civil; il se borne à préciser que tous deux doivent être appliqués.

1. Anticipation et résolution des conflits entre la CEDH et le droit civil

Après avoir suivi une approche radicale de l'art. 190 Cst., prônant l'absence de tout contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, le principe de l'interprétation conforme à la Constitution et au droit international a été admis¹⁹. Il implique que les juges examinent la loi et donnent systématiquement la préférence à l'interprétation favorable au respect des textes supérieurs. Il ne s'agit pas d'une règle destinée à résoudre les conflits mais à les prévenir, dont le fondement se trouve à l'art. 5 al. 4 Cst.²⁰.

Une étape supplémentaire est franchie lorsque le TF s'autorise à constater qu'une loi fédérale viole la Constitution ou un traité international²¹. La sanction ne lui appartient pas encore, mais le constat lui permet d'inviter le législateur à réagir²². Enfin, en 1993, le TF reconnaît qu'une loi fédérale contraire à une convention internationale, alors que le principe de l'interprétation conforme a atteint ses limites, car celle-ci est impossible, ne doit pas être appliquée²³.

16 Sur les notions de lois fédérales, soit des actes législatifs, et du droit international au sens de l'art. 190 Cst.: MALINVERNI *et al.* I, resp. N 1951 ss et 1955 ss. Sur l'«immunisation» des lois fédérales: DUBEY, N 926.

17 MALINVERNI *et al.* I, N 1943, voir toutefois N 1974 où les auteur.e.s concluent sous l'effet conjugué de la primauté du droit international et du renforcement de la garantie internationale des droits fondamentaux que le juge peut également examiner la constitutionnalité des lois fédérales.

18 Cf. ATF 139 I 16, JdT 2013 I 167.

19 ATF 130 I 96. L'ATF 95 I 330 a introduit le principe de l'interprétation conforme à la Constitution. Sur l'évolution par étapes de l'interprétation de l'art. 190 Cst., avec pour effet d'en restreindre considérablement la portée: MALINVERNI *et al.* I, N 1961 ss. Voir également: CR Cst.-MARTENET, art. 190 N 49 ss.

20 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport 2010, p. 2108.

21 ATF 144 I 126, JdT 2018 I 191; ATF 140 I 353, JdT 2015 I 39; ATF 140 I 305; ATF 117 Ib 367, JdT 1993 I 273 inaugurant cette nouvelle étape.

22 ATF 144 II 147; ATF 141 II 280; ATF 136 III 168, JdT 2010 I 335.

23 ATF 119 V 171, SJ 1994 113.

La protection issue du droit international, et tout particulièrement de la CEDH, est ainsi d'autant plus importante. Les tribunaux doivent en effet contrôler la conformité de lois fédérales à la CEDH, contrôle dit de «conventionnalité»²⁴; lorsque la loi entraîne une violation d'un droit fondamental garanti par la CEDH, ils doivent en refuser l'application²⁵. Le TF fait preuve d'une extrême retenue en droit civil, et son contrôle est en conséquence parfois imparfait²⁶. N'en demeure pas moins que la primauté du droit international sur le droit interne, consacrée à l'art. 5 al. 4 Cst., l'emporte.

De surcroît, la CourEDH contrôle la conformité à la CEDH des arrêts du TF sans restriction²⁷; elle peut être amenée à constater que les dispositions légales du droit civil ne sont pas en harmonie avec la Convention²⁸.

2. Primauté absolue de la CEDH

Une controverse a longtemps subsisté sur le point de savoir si une loi postérieure à un traité international, édictée volontairement et en toute connaissance de cause alors qu'elle est incompatible avec ledit traité, peut primer le droit international. Le TF l'a en effet admis en 1973 dans son arrêt Schubert²⁹. En 1999, dans l'arrêt PKK, il établit toutefois l'obligation de principe de refuser d'appliquer une loi qui ne respecte pas un traité international visant

24 MALINVERNI *et al.* I, N 1970. Voir TF, 9C_617/2011 du 4 mai 2012, pour l'application d'une loi anticonstitutionnelle, non modifiée par le législateur, et jugée à tort ne tombant pas sous le champ de la CEDH par le TF, suivi de l'ACEDH, B. c. Suisse du 20 octobre 2020, n° 78630/12, condamnant la Suisse pour violation des art. 14 et 8 CEDH étant donné la cessation, à la majorité du dernier enfant, du paiement de la rente de parent veuf s'occupant à plein temps des enfants, lorsque le bénéficiaire est un homme; l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre.

25 ATF 128 III 113, c. 3, JdT 2002 I 443. DUBEY, N 946.

26 ATF 129 III 656, SJ 2004 I 108, JdT 2004 I 264, à l'origine de l'ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, cf. HOTTELIER, Jusletter 2008, N 17. Voir également: ATF 128 III 113, c. 3, JdT 2002 I 443. Sur les rapports entre le droit civil et la CEDH: PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 3 ss; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 266 ss. Sur la retenue du TF: COTTIER/WYTENBACH, p. 106, relevant le caractère plus innovant des tribunaux cantonaux.

27 ACEDH, B. c. Suisse du 20 octobre 2020, n° 78630/12 (renvoyé devant la Grande Chambre), § 76, le contrôle de la CourEDH n'est pas limité par l'art. 190 Cst. invoqué par le TF, cf. 9C_617/2011 du 4 mai 2012, c. 2.1 et 3.5; ACEDH, Losonci Rose et Rose c. Suisse du 9 novembre 2010, n° 664/06, § 50 *in fine* où la CourEDH, suite au retranchement du TF derrière la Constitution, précise: «[c]eci ne change toutefois en rien la responsabilité internationale de la Suisse au titre de la Convention». AEMISEGGER, N 97, plaide pour une meilleure harmonisation du droit procédural suisse avec la procédure devant la CourEDH.

28 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 87, l'art. 267 al. 2 CC contrevenant à la notion de vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH lorsqu'il a pour effet de rompre le lien de filiation maternelle en raison de l'adoption par le compagnon de la fille de sa compagne, cf. *infra* D.II.4.c; ACEDH, F. c. Suisse du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128, § 40, l'art. 150 aCC violant l'art. 12 CEDH, cf. *infra* D.I.1.; ACEDH, Burghartz c. Suisse du 22 février 1994, n° 16213/90, Série A 280-B, l'art. 160 aCC violant l'art. 14 en lien avec l'art. 8 CEDH, cf. GEORGIN; HOTTELIER *et al.*, p. 73 ss et 316 ss, *infra* D.III.1.

29 ATF 99 Ib 39, c. 3 s. ALFIERI, p. 30 ss.

à protéger les droits humains³⁰. Cette jurisprudence a depuis été confirmée³¹. Elle est de surcroît renforcée par le rejet de l'initiative «pour l'autodétermination» le 25 novembre 2018 et par l'adoption de l'art. 122 let. a LTF³². Cette disposition prévoit que la révision d'un arrêt du TF pour violation de la CEDH peut être demandée lorsque la CourEDH a constaté, dans un arrêt définitif, une violation de la CEDH et de ses Protocoles³³; l'entrée en vigueur de la modification de la LTF au 1^{er} juillet 2022 ouvre la révision d'un ATF lorsque le gouvernement suisse a reconnu une violation de la CEDH devant la CourEDH et que le cas a été conclu par un règlement amiable, sans exiger en conséquence une condamnation de la Suisse (cf. art. 122 let. a nLTF). L'art. 122 LTF interdit en conséquence au juge d'appliquer une loi fédérale si la CourEDH a constaté une violation de la CEDH ou si celle-ci a été admise, sans que cette voie ne soit par ailleurs nécessaire dans toutes les hypothèses. La révision est un moyen de droit extraordinaire; s'il existe une voie ordinaire permettant de rétablir une situation conforme à la CEDH, celle-ci l'emporte³⁴. Le refus d'appliquer une disposition légale jugée contraire à la CEDH entraîne en principe des mesures à caractère général visant la suppression de celle-ci par une révision législative³⁵.

La jurisprudence PKK s'impose également à la lumière de l'art. 46 § 1 CEDH; si les ACEDH n'ont pas d'effet cassatoire, ils ont force obligatoire et les Etats sont tenus de les exécuter³⁶. Sur cette base, la CourEDH s'adresse directement aux autorités afin que celles-ci envisagent des mesures concrètes, par exemple la possibilité d'établir un contact entre l'enfant et sa mère biologique en tenant compte de la situation de l'enfant et de son intérêt supérieur³⁷.

30 ATF 125 II 417, c. 4d, SJ 2000 I 202. En détail sur l'évolution de la jurisprudence depuis l'arrêt Schubert: CR Cst.-MARTENET, art. 190 N 70 ss.

31 ATF 144 I 126, JdT 2018 I 191; ATF 142 II 35, JdT 2016 I 35; ATF 128 III 113, JdT 2002 I 443. COTTIER, Impulsions, p. 140, propose pour trancher un conflit entre les instruments de protection des droits humains de l'ONU et la législation fédérale une analogie avec le raisonnement du TF face à un tel conflit avec la CEDH.

32 Dans ce sens: MALINVERNI *et al.* I, N 1971 s. Voir également: AEMISEGGER, N 7, la voie de la révision montre clairement le caractère prioritaire des garanties des droits fondamentaux de la CEDH.

33 Par ex.: TF, 5F_6/2008 du 18 juillet 2008, SJ 2009 I 53, suite à l'ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03; TF, 1F_1/2007 du 30 juillet 2007 suite à l'ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X. HOTTELLIER, RTDH 2001, p. 743 ss; en détail sur la révision: AEMISEGGER, N 17 ss.

34 ATF 137 III 332, JdT 2011 II 248. Cf. *infra* D.II.6.b/cc.

35 ACEDH, F. c. Suisse du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128. Sur les difficultés relatives à la mise en conformité du droit du nom à la CEDH: cf. *infra* D.III.1.

36 MALINVERNI, Modifications, p. 375 s., également sur la surveillance de l'exécution des ACEDH par le Comité des Ministres selon l'art. 46 § 2 CEDH; PFIFFNER/BOLLINGER, N 18 ss sur la mise en œuvre en droit suisse des ACEDH.

37 ACEDH, D.M. et N. c. Italie du 20 janvier 2022, n° 60083/19, § 99 s.; ACEDH, Omorefe c. Espagne du 23 juin 2020, n° 69339/16, § 70.

Il faut en conclusion admettre que l'application de la CEDH, telle qu'interprétée par la CourEDH, dont il faut suivre constamment la jurisprudence au caractère évolutif, prime de manière absolue toute norme de droit civil incompatible.

III. Applicabilité horizontale de la CEDH

La théorie de l'effet horizontal des droits fondamentaux (*Drittwirkung*) tend à admettre l'application directe des droits fondamentaux dans les rapports entre les particuliers, soit entre pairs. Ces droits s'émancipent alors des relations de droit public pour déployer leurs effets dans l'ensemble de l'ordre juridique³⁸. Cette théorie est particulièrement importante en droit civil, dont le but est de régler les relations de droit privé. Or, le sujet même de l'influence de la CEDH en droit civil met en exergue que la question clé par rapport aux droits fondamentaux n'est pas seulement les rapports entre la personne et l'Etat, mais également le rôle de l'Etat dans le règlement des relations interindividuelles³⁹.

I. Réalisation des droits fondamentaux

Il appartient en premier lieu au législateur de droit civil de mettre en œuvre les droits fondamentaux de sorte à veiller à la pesée des intérêts nécessaires, ce qu'exprime l'art. 35 al. 1 Cst. selon lequel les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique⁴⁰. A cet effet, les messages du Conseil fédéral relatifs aux projets législatifs font une place importante à la jurisprudence de la CourEDH, régulièrement citée et dont l'influence est souvent déterminante⁴¹. La mise en œuvre des droits fondamentaux appartient en second lieu aux autorités d'application; l'interprétation conforme à la CEDH des lois civiles entraîne l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux. Il est ainsi admis depuis longtemps que lorsqu'un article de presse porte atteinte aux droits de personnalité, l'art. 28 CC doit être appliqué en tenant compte de la situation et de la mission particulière de la presse protégée par la Cst. et la CEDH⁴².

L'art. 35 al. 3 Cst. va plus loin en précisant que les autorités doivent veiller à ce que les droits fondamentaux soient aussi réalisés, dans la mesure où ils s'y prêtent, dans les relations qui lient les particuliers entre eux⁴³. Ce mandat

38 En détail sur la *Drittwirkung*: MALINVERNI *et al.* II, N 128 ss.

39 PAPAUX VAN DELDEN, Droits, p. 380.

40 AEMISEGGER, N 7; CONSEIL FÉDÉRAL, Message Cst., p. 194; DUBEY, N 118; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 N 42; MALINVERNI *et al.* II, N 133.

41 Par ex.: CONSEIL FÉDÉRAL, Message Adoption, p. 851 ss, et Message Autorité parentale, p. 8337 ss.

42 ATF 95 II 481, c. 7 *ab initio*, JdT 1971 I 226, sur l'influence de la Cst. sur le droit privé. Sur les critères développés par la CourEDH pour mettre en balance le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression: ACEDH [GC], von Hannover c. Allemagne (n° 2) du 7 février 2012, nos 40660/08 et 60641/08, Recueil 2012-I, § 108–113.

43 MALINVERNI *et al.* II, N 135 sur l'interprétation des différents termes de l'art. 35 al. 3 Cst., indiquant que le mandat s'adresse en priorité au pouvoir législatif, mais aussi aux autorités d'appli-

constitutionnel est particulièrement important en droit civil tant dans le cadre législatif que judiciaire⁴⁴. Il précise la fonction positive des droits fondamentaux, qui n'est contenue que de manière implicite à l'art. 35 al. 1 Cst.⁴⁵

Le droit des personnes physiques et de la famille entre ainsi directement sous l'influence des droits et libertés consacrés par la CEDH: d'une part, le législateur doit légiférer en ce domaine afin de garantir ces droits et libertés et, d'autre part, les tribunaux sont amenés à interpréter le droit civil de manière conforme aux droits humains. Le droit civil se caractérise par le conflit potentiel entre des droits fondamentaux antagonistes et le dilemme revient à devoir décider entre des intérêts inconciliables. Dans les relations privées, chaque partie peut le plus souvent se fonder sur un droit fondamental pour défendre sa position, ce qui amène à des arbitrages délicats entre différents droits humains, comme la liberté d'expression opposée au droit au respect de la sphère privée dans le cadre d'un litige opposant un particulier à la presse. Le même droit fondamental peut également être invoqué par les parties de manière diamétralement opposée, à l'instar du droit au respect de la vie privée et familiale des parents nourriciers *versus* celui des parents juridiques de l'enfant placé, dont le retour auprès d'eux est demandé.

Il appartient en priorité au législateur d'arbitrer ce conflit en faisant une pesée de l'ensemble des intérêts en présence, dont font également partie des intérêts d'ordre général plus vastes que le conflit entre individus, comme la sécurité juridique, puis aux autorités d'application, appelées à concrétiser l'arbitrage entre les droits fondamentaux dans leur interprétation des textes légaux dans le cas particulier. Au final, l'équilibre ménagé entre les droits conflictuels des particuliers peut être contrôlé par la CourEDH, qui examine dans le cas d'espèce si le législateur national a excédé la marge d'appréciation qui lui revient, eu égard en particulier à la présence ou au contraire à l'absence d'un consensus européen⁴⁶. Les Etats bénéficient d'une marge importante lorsqu'il s'agit de mettre en balance les droits fondamentaux concurrents de deux individus⁴⁷. Il revient enfin à la CourEDH de contrôler l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales dans le cas particulier.

cation. Voir également: DUBEY, N 122 et 151 s.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 N 47 et 89 sur le contexte législatif; PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 121 ss en lien avec l'art. 28 CC et l'action *sui generis* en recherche des origines consacrée par l'ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411, cf. *infra* D.II.1.

44 COTTIER, Impulsions, p. 138 et réf.

45 CONSEIL FÉDÉRAL, Message Cst., p. 194 s.

46 ACEDH, Lia c. Malte du 5 mai 2022, n° 8709/20, § 59 et 61; C.E. et autres c. France du 24 mars 2022, n°s 29775/18 et 29693/19, § 85; ACEDH, Vallianatos et autres c. Grèce du 7 novembre 2013, n°s 29381/09 et 32684/09, Recueil 2013-VI, § 91 s.; ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 97; ACEDH [GC], Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, n° 6339/05, Recueil 2007-I, § 83 ss. Sur la doctrine de la marge d'appréciation: SICILIANOS, p. 827 s. et réf. note 38.

47 ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 51; ACEDH, Mandet c. France du 14 janvier 2016, n° 30955/12, § 52.

De surcroît, la portée des droits fondamentaux sert aux tribunaux à déterminer ce qui est tolérable dans les relations entre les individus⁴⁸. Les autorités ont enfin l'obligation de protéger activement la personne, la possibilité effective d'exercer les droits fondamentaux étant une composante de l'ordre public que l'Etat a pour mission de protéger⁴⁹.

2. *Obligations positives à la charge des Etats parties*

L'obligation de protection rejoint les obligations positives à la charge de l'Etat de prendre les mesures nécessaires à la protection des droits fondamentaux jusque dans les relations entre les individus entre eux. Dans ce sens, la CourEDH tient pour responsable les Etats parties des violations des libertés qui sont le fait de particuliers; par exemple, la vulnérabilité particulière des enfants impose aux Etats de prendre des mesures raisonnables pour empêcher les mauvais traitements au sens de l'art. 3 CEDH, lequel interdit de manière absolue les traitements inhumains ou dégradants, dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance⁵⁰. Dans le contexte des violences domestiques, la CourEDH a développé une jurisprudence dense et bien établie sur l'existence d'une obligation positive entraînant la responsabilité de l'Etat pour parer un danger éventuel provenant de tierces personnes; une telle obligation existe lorsque les autorités savent ou devraient savoir qu'une personne est menacée de manière réelle et immédiate dans sa vie⁵¹. Les autorités doivent réagir immédiatement aux allégations de violence domestique en évaluant si un risque réel et immédiat pour la vie existe, et, si tel est le cas, elles doivent prendre des mesures préventives adéquates et proportionnées pour éviter ce risque⁵². La CourEDH met de surcroît à la charge des Etats, par la conjonction des art. 2,

48 ATF 130 III 28, c. 4.2, JdT 2004 I 63; ATF 119 Ia 28, c. 2, JdT 1995 I 516.

49 MALINVERNI *et al.* II, N 136, sur ce devoir général d'intervention en rapport avec toutes les libertés.

50 ACEDH, Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France du 4 juin 2020, n^{os} 15343/15 et 16806/15, § 157. Voir également: ACEDH, D.M.D. c. Roumanie du 3 octobre 2017, n^o 23022/13 § 40 s.; ACEDH, M.C. et A.C. c. Roumanie du 12 avril 2016, n^o 12060/12, § 109 s.; ACEDH, E. et autres c. Royaume-Uni du 26 novembre 2002, n^o 33218/96, § 88; ACEDH [GC], Z et autres c. Royaume-Uni du 10 mai 2001, n^o 29392/95, Recueil 2001-V.

51 ACEDH [GC], Kurt c. Autriche du 15 juin 2021, n^o 62903/15, § 157–189; ACEDH [GC], Osman c. Royaume-Uni du 28 octobre 1998, n^o 23 452/94, Recueil 1998-VIII, § 115–122, il s'agit du désormais «critère Osman» cf. opinion concordante commune in: ACEDH, Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France du 4 juin 2020, n^{os} 15343/15 et 16806/15; ACEDH, Talpis c. Italie du 2 mars 2017, n^o 41237/14, § 101. Sur les nouvelles obligations étatiques visant à prendre conscience de la forme particulière de la violence domestique et à lutter plus efficacement contre elle, notamment parce qu'elle touche particulièrement les femmes: GARCIA, p. 257 ss; sur l'apport de la CourEDH à l'élaboration de la Convention d'Istanbul: CANTONI, p. 865 ss.

52 ACEDH, Y et autres c. Bulgarie du 22 mars 2022, n^o 9077/18, § 89 résumant la portée et le contenu de l'obligation positive à charge de l'Etat dans le contexte de la violence domestique.

garantissant le droit à la vie, et 14 CEDH, un devoir accru de s'attaquer aux crimes motivés par des préjugés⁵³. Si le manquement des autorités n'est pas un fait isolé mais est dû à la complaisance générale des autorités, le grief est plus large et doit être examiné séparément sous l'angle de l'art. 14 en lien avec les art. 2 et 3 CEDH⁵⁴.

L'art. 8 CEDH offre également une jurisprudence dense sur les obligations positives, ce d'autant que l'ACEDH Marckx en 1979 a été le point de départ du principe de l'effectivité des droits protégés par la CEDH, source des obligations positives qui s'imposent aux Etats parties; la CourEDH y a donné davantage d'importance aux réalités sociales que formelles, en interprétant la Convention à la lumière des conditions d'aujourd'hui, pour conclure que la famille «naturelle» pouvait constituer une «vie familiale» au sens de l'art. 8 CEDH dès lors que cette vie familiale existait de manière «effective»⁵⁵. Cet ACEDH a été d'une importance cardinale en droit de la famille et a donné d'emblée l'impulsion en faveur d'une interprétation dynamique de la CEDH dans les domaines du droit civil⁵⁶.

Ce faisant, si la CourEDH n'applique pas directement les droits fondamentaux dans les rapports entre les personnes privées, elle n'en institue pas moins la responsabilité de l'Etat pour les atteintes à ces droits perpétués par des particuliers en lui imposant de prendre des mesures positives pour assurer la protection de l'individu. Dans ce sens, l'obligation de l'Etat de prendre des mesures positives en vue de la réunion parents-enfant s'applique, non seulement aux affaires impliquant la prise en charge obligatoire d'enfants par les pouvoirs publics, mais aussi aux cas dans lesquels des litiges concernant les contacts et la résidence des enfants surviennent entre les parents et/ou d'autres membres de la famille⁵⁷.

Les obligations positives peuvent toutefois aussi être la source d'un effet direct des droits conventionnels dans les relations entre particuliers. Le droit de la personnalité donne un exemple d'effet direct de la liberté personnelle dans les relations entre médecin et patients, l'exigence d'un consentement libre et éclairé étant déduit directement du droit à la liberté personnelle et à l'intégrité

53 ACEDH, A et B c. Géorgie du 10 février 2022, n° 73975/16, § 45 s.

54 Violation de l'art. 14 combiné avec les art. 2 et 3 CEDH: ACEDH, Talpis c. Italie du 2 mars 2017, n° 41237/14, § 140–149; ACEDH, Opuz c. Turquie du 9 juin 2009, n° 33401/02, Recueil 2009-III, § 183–202, énonçant pour la première fois les critères de preuve de la discrimination dans le contexte de la violence domestique, critères développés sous l'angle des art. 14 et 3 CEDH *in* ACEDH, Volodina c. Russie du 9 juillet 2019, n° 41261/17, § 109–114; de même: ACEDH, Munteanu c. République de Moldavie du 26 mai 2020, n° 34168/11, § 76 et 80–83; resp. des art. 14 et 2 CEDH: ACEDH, Halime Kiliç c. Turquie du 28 juin 2016, n° 63034/11. Non-violation des art. 14 et 2 CEDH: ACEDH, Landi c. Italie du 7 avril 2022, n° 10929/19, § 101–109; ACEDH, Y et autres c. Bulgarie du 22 mars 2022, n° 9077/18, § 120–136.

55 ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 31 et 41. Cf. *infra* C.I.1 et 3.a.

56 LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 1359; PAPAU VAN DELDEN, Familles, p. 11 ss.

57 ACEDH, McIlwrath c. Russie du 18 juillet 2017, n° 60393/13, § 124; ACEDH, Hokkanen du 23 septembre 1994, n° 19823/92, Série A 299-A, § 55.

physique⁵⁸. La CourEDH met également en exergue l'importance du consentement et son fondement conventionnel: «l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention»⁵⁹. En corollaire, les Etats parties peuvent être directement responsables sur le terrain de cette disposition du fait d'un défaut d'information⁶⁰. L'absence de consentement écrit avant une intervention chirurgicale, exigé par le droit national, conduit à violer la CEDH, même si celle-ci n'exige pas que le consentement éclairé soit donné par écrit⁶¹. Au titre de leurs obligations découlant de l'art. 8 CEDH, les Etats parties sont ainsi tenus de prendre les mesures nécessaires afin de garantir un consentement libre et éclairé du ou de la patiente. A défaut de dispositions en droit interne garantissant un tel consentement, le particulier pourra se fonder directement sur l'art. 8 CEDH pour en exiger le respect, que son médecin soit par ailleurs employé ou non par un hôpital public. C'est le propre du comblement d'une lacune du droit national en matière de respect des droits fondamentaux que d'entraîner l'application directe d'une disposition conventionnelle: par ce biais, un effet direct de la CEDH dans les relations interpersonnelles est en conclusion réalisé.

C. Contenu essentiel pour le droit civil des art. 8, 12 et 14 CEDH

L'influence de la CEDH s'étend à l'entier du droit civil et oblige à faire un choix dans les dispositions topiques pour leurs effets en ce domaine. Ainsi, les art. 2 et 3 CEDH ont été brièvement évoqués dans le cadre des obligations positives qu'ils imposent aux Etats parties en matière de prévention de la violence domestique⁶². L'art. 5 CEDH relatif au droit à la liberté et à la sûreté a également une importance cardinale en matière de droit de la protection de l'adulte; la révision du Code civil en cette matière s'est largement inspirée des exigences de la Convention⁶³. L'adoption des art. 397a aCC et suivants (ss) réglementant la privation de liberté à des fins d'assistance, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1981, avait déjà permis à la Suisse de retirer la réserve

58 ATF 114 Ia 350, c. 6, SJ 1989 425; ATF 108 II 59, c. 3, JdT 1982 I 285. MALINVERNI *et al.* II, N 140.

59 ACEDH, *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, n° 2346/02, Recueil 2002-III, § 63, cité in: ACEDH, *Reyes Jimenez c. Espagne* du 8 mars 2022, n° 57020/18, § 29 et ACEDH [GC], *Lambert et autres c. France* du 5 juin 2016, n° 46043/14, Recueil 2015-III, § 142.

60 ACEDH, *Reyes Jimenez c. Espagne* du 8 mars 2022, n° 57020/18, § 29; ACEDH, *Codarcea c. Roumanie* du 2 juin 2009, n° 31675/04, § 104.

61 ACEDH, *Reyes Jimenez c. Espagne* du 8 mars 2022, n° 57020/18.

62 Cf. *supra* B.III.2, et réf. note 51 sur le «critère Osman».

63 CONSEIL FÉDÉRAL, *Message Protection de l'adulte*, p. 6658, 6672 s., 6696 s., 6704, 6715, 6719, cf. ACEDH [GC], *D.N. c. Suisse* du 29 mars 2001, n° 27154/95, Recueil 2001-II, à l'origine de l'art. 450e CC selon lequel la décision relative à un trouble psychique nécessite un rapport d'expertise, 6732, 6751.

faite à l'art. 5 CEDH⁶⁴; ils ont été remplacés au 1^{er} janvier 2013 par les art. 426 ss CC sur le placement à des fins d'assistance ou de traitement.

A défaut de place pour traiter l'entier des dispositions dans le détail, les articles les plus topiques pour le droit des personnes physiques et de la famille, à savoir les art. 8, 12, en lien avec l'art. 14 CEDH, seront retenus. Dans ce domaine, des impulsions importantes sont venues de la CourEDH dans sa jurisprudence relative au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH (I.), au droit de se marier et de fonder une famille selon l'art. 12 CEDH (II.), en lien avec l'interdiction de la discrimination consacrée à l'art. 14 CEDH (III.). Dans le présent chapitre, il s'agit de définir les notions clés, afin d'en circonscrire les obligations et de pouvoir les appliquer concrètement dans la quatrième partie (D.); l'approche ne saurait être exhaustive, guidée par les choix des domaines analysés, soit le mariage, le droit de la filiation et le nom.

I. Droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)

A teneur de l'art. 8 § 1 CEDH: «[t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale[...]». L'art. 8 § 2 CEDH explicite les conditions d'une ingérence: « [i] ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui»⁶⁵. Même si le texte ne le mentionne pas expressément, contrairement à l'art. 36 al. 4 Cst., la CourEDH admet qu'il y a un noyau dur au cœur de l'art. 8 CEDH, déterminant pour délimiter l'ampleur de la marge d'appréciation laissée aux Etats; ainsi, si le droit au nom fait partie de ce noyau, tel n'est pas le cas de l'interdiction de donner ses embryons à des fins de recherche scientifique, domaine dans lequel la marge de manœuvre étatique est partant ample⁶⁶. S'agissant de l'exigence de la base légale pour justifier une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale, le législateur dispose d'une large marge de manœuvre pour rédiger en termes généraux et ménager un pouvoir d'appréciation aux autorités nationales. La loi est admise comme suffisamment prévisible et accessible au sens de l'art. 8 § 2 CEDH dans la mesure où la jurisprudence nationale est dense⁶⁷. La notion

64 ASDI 1978, p. 188; ASDI 1982, p. 160. Sur l'influence de l'art. 5 CEDH en droit suisse: MALINVERNI, Modifications, p. 376 ss.

65 HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 8 N 101 ss; GRABENWARTER/PABEL, p. 311 N 26 ss; Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 8 N 90 ss.

66 Respectivement: ACEDH, Kismoun c. France du 5 décembre 2013, n° 32265/10, § 36 et ACEDH [GC], Parrillo c. Italie du 27 août 2015, n° 46470/11, Recueil 2015-V, § 174 s.

67 CourEDH [déc.], Maniglio-Mathlouthi c. Suisse du 21 mai 2002, n° 44232/98, portant sur les articles du Code civil relatifs aux mesures de protection de l'enfant de la compétence du juge

de nécessité selon le § 2 implique en outre que l'ingérence corresponde à un «besoin social impérieux» et qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi⁶⁸.

L'art. 8 CEDH se caractérise par une densité matérielle et procédurale remarquable. Selon une jurisprudence ancienne, constante et dynamique, la Convention est un instrument vivant à interpréter de manière «contemporaine», soit à la lumière des conditions qui prévalent aujourd'hui⁶⁹. La CourEDH a néanmoins fixé une limite à cette interprétation, certes en lien avec l'art. 12 CEDH: elle ne dégage pas de la Convention, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ, de surcroît lorsqu'il s'agit d'une omission déléguée⁷⁰.

1. *Obligations tant négatives que positives*

Selon une jurisprudence établie, si l'art. 8 CEDH a essentiellement pour but de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect «effectif» des droits garantis, lesquels peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée ou familiale jusque dans les relations des individus entre eux⁷¹.

matrimonial. Voir récemment sur l'exigence de la base légale: ACEDH, Lia c. Malte du 5 mai 2022, n° 8709/20, § 56, et § 67 sur le manquement à la prévisibilité requise entraînant la violation de l'art. 8 CEDH.

68 ACEDH, Lia c. Malte du 5 mai 2022, n° 8709/20, § 58 ACEDH, la nécessité exige que les raisons invoquées pour justifier l'ingérence soient pertinentes et suffisantes; ACEDH Chizhov c. Russie du 6 juillet 2021, n° 11536/19, § 50; ACEDH, Nechay c. Russie du 25 mai 2021, n° 40639/17, § 49; ACEDH [GC], Strand Lobben et autres c. Norvège du 10 septembre 2019, n° 37283/13, § 203. CS-GONIN/BIGLER, art. 8 CEDH N 178, relevant que la question de la nécessité des restrictions aux droits fondamentaux est cardinale dans une société démocratique, N 180; PAPAUX VAN DELDEN, Placement, p. 232 ss sur la condition de la nécessité dans une société démocratique en lien avec le placement de l'enfant.

69 ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 64; ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 92; ACEDH [GC], Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, Recueil 2002-VI, § 74 s.; ACEDH [GC], Johnston c. Irlande du 18 décembre 1986, n° 9697/82, Série A-112, § 53; ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 41 se référant à l'ACEDH, Tyrer c. Royaume-Uni du 25 avril 1978, n° 5856/72, Série A-26, la CourEDH faisant sienne pour la première fois cette approche de la ComEDH. GRABENWARTER/PABEL, p. 40 N 16; SICILIANOS, p. 825 ss. Cf. *supra* B.III.2.

70 ACEDH [GC], Johnston c. Irlande du 18 décembre 1986, n° 9697/82, Série A-112, § 53. CS-GONIN, art. 12 CEDH, N 13 et note 9. Cf. *infra* C.II.1.a.

71 ACEDH, Lia c. Malte du 5 mai 2022, n° 8709/20, § 54; ACEDH, Fedotova et autres c. Russie du 13 juillet 2021, n° 40792/10, § 44; ACEDH, A.T. c. Italie du 24 juin 2021, n° 40910/19, § 66; ACEDH, Terna c. Italie du 14 janvier 2021, n° 21052/18, § 60; ACEDH, Çapın c. Turquie du 15 octobre 2019, n° 44690/09, § 53; ACEDH, McIlwrath c. Russie du 18 juillet 2017, n° 60393/13, § 123; ACEDH [GC], Söderman c. Suède du 12 novembre 2013, n° 5786/08, Recueil 2013, § 78; ACEDH [GC], Hämäläinen c. Finlande du 16 juillet 2014, n° 37359/09, Recueil 2014, § 62; ACEDH [GC], Johnston c. Irlande du 18 décembre 1986, n° 9697/82, Série A-112, § 55. MEIER, FamPra.ch 2012, p. 262 ss. Cf. *supra* B.III.2.

Selon les cas, la législation en cause peut être envisagée sous l'angle de la question de savoir s'il pèse sur l'Etat une obligation positive au sens de l'art. 8 § 1 CEDH, par exemple d'autoriser certaines techniques de procréation artificielle, mais également comme mettant en cause une ingérence de l'Etat dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale selon l'art. 8 § 2 CEDH, dans l'exemple proposé par l'interdiction d'accès à certaines techniques développées par la science médicale; la CourEDH choisit alors son angle d'analyse⁷². Mais dans la mesure où une lacune du droit national est dénoncée, la CourEDH examine le grief sous l'angle de l'obligation positive des Etats parties de garantir aux personnes relevant de leur juridiction le respect effectif de leur vie privée et familiale⁷³.

En tout état de cause, la frontière entre les obligations positives et négatives au titre de l'art. 8 CEDH ne se prêtent pas à une définition précise, les principes applicables étant comparables; il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents, privés et publics, ou entre différents droits protégés par la Convention, et l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation⁷⁴. Les critères de «nécessité» et de «besoin social impérieux» sont toutefois utilisés seulement lorsqu'il s'agit de déterminer si une ingérence ne respecte pas l'art. 8 § 2 CEDH⁷⁵.

2. Intérêt supérieur de l'enfant

Que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes décisions le concernant est consacré à l'art. 3 § 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997 (CDE)⁷⁶. Il s'agit d'une disposition de première importance en droit de la famille. Elle est en outre complétée par l'art. 21 CDE, *lex*

72 ACEDH, A. M. c. Norvège du 24 mars 2022, n° 30254/18, § 120; ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 88. Voir récemment: ACEDH, Lia c. Malte du 5 mai 2022, n° 8709/20, § 62, privilégiant l'ingérence dans le refus d'accès à une méthode de PMA. Cf. *infra* D.II.5.a et b.

73 ACEDH, C. E. et autres c. France du 24 mars 2022, nos 29775/18 et 29693/19, § 82 et 83 sur les principes généraux applicables à l'appréciation des obligations positives; à ce sujet également: ACEDH [GC], Hämäläinen c. Finlande du 16 juillet 2014, n° 37359/09, Recueil 2014, § 65–67.

74 ACEDH, Lia c. Malte du 5 mai 2022, n° 8709/20, § 54 *in fine*; ACEDH, Callamand c. France du 7 avril 2022, n° 2338/20, § 35, admise dans un tel cas comme large; ACEDH, Bagniewski c. Pologne du 31 mai 2018, n° 28475/14, § 43; ACEDH, McIlwrath c. Russie du 18 juillet 2017, n° 60393/13, § 123; ACEDH, Mikulić c. Croatie du 7 février 2002, n° 53176/99, Recueil 2002-I, § 58. MEIER, FamPra.ch 2012, p. 263 ss critique l'imprévisibilité de la jurisprudence de Strasbourg corrélée à l'ampleur mouvante de la marge d'appréciation.

75 ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 50; ACEDH, Callamand c. France du 7 avril 2022, n° 2338/20, § 35; ACEDH, D c. France du 16 juillet 2020, n° 11288/18, § 42; ACEDH [GC], Mennesson c. France du 26 juin 2014, n° 65192/11, Recueil 2014-III, § 50.

76 RS.0.107 (RO 1998 2055 ; FF 1994 V 1).

specialis, qui oblige les Etats à s'assurer que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale d'une adoption.

La priorité accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant est fermement établie dans la jurisprudence de Strasbourg depuis des décennies déjà⁷⁷; il en découle une judiciarisation de cet intérêt, intégré au sein de l'art. 8 CEDH⁷⁸. Les obligations étatiques au titre de l'art. 8 CEDH sont également interprétées à la lumière de plusieurs conventions internationales d'importance en droit de la famille, comme la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (CLaH93) ou la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH80)⁷⁹. La CourEDH a fait un pas important en 2007; elle a mis en exergue l'importance d'une interprétation constamment cohérente de la notion «d'intérêt supérieur», quelle que soit la convention internationale invoquée⁸⁰. Plus largement encore, les juges de Strasbourg notent qu'il existe un large consensus autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer⁸¹. L'intérêt de l'enfant peut ainsi l'emporter sur celui des parents⁸². L'avis de l'enfant est un paramètre important pour déterminer quel est son intérêt; il s'agit d'une composante de toute décision le concernant, mais l'absence de prise en compte de tout autre critère a été jugé contraire à l'art. 8 CEDH⁸³.

Par le biais de la jurisprudence de Strasbourg, dans la mesure où l'intérêt supérieur de l'enfant est une composante de l'art. 8 CEDH, il est à notre sens difficile de nier que la priorité de cet intérêt est d'application directe, comme le sou-

77 ACEDH, Callamand c. France du 7 avril 2022, n° 2338/20, § 37; ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 52; ACEDH, Honner c. France du 12 novembre 2020, n° 19511/16, § 57 s.; ACEDH, Nuutinen c. Finlande du 27 juin 2000 n° 32842/96, l'intérêt supérieur de l'enfant étant examiné sous l'angle de l'art. 6 CEDH, s'agissant de la durée des procédures, et de l'art. 8 CEDH; ACEDH, Hokkanen du 23 septembre 1994, n° 19823/92, Série A 299-A, § 58. RIETIKER, p. 385 ss sur l'accent mis sur la CDE dans l'interprétation de la CEDH.

78 ACEDH, Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique du 16 décembre 2014, n° 52265/10, § 97, l'intérêt supérieur de l'enfant est admis comme étant une composante du respect de la vie familiale; ACEDH [GC], X c. Lettonie du 26 novembre 2011, n° 27853/09, Recueil 2013-VI, § 95, auquel renvoie l'ACEDH, S.N. et M.B.N. c. Suisse du 23 novembre 2021, n° 12937/20, § 99.

79 RS.0.211.221.311; CLaH93 du 29 mai 1993, ratifiée par la Suisse le 24 septembre 2002 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003. Sur la CLaH80 (RS.0.211.230.02.9), cf. *infra* D.II.6.b.

80 ACEDH, Maumousseau et Washington c. France du 6 décembre 2007, n° 39388/05, § 71. WITTINGER, p. 102.

81 ACEDH [GC], Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010, n° 41615/07, Recueil 2010-V, § 135. Voir également: ACEDH, C.E. et autres c. France du 24 mars 2022, n°s 29775/18 et 29693/19, § 90; ACEDH [GC], Mennesson c. France du 26 juin 2014, n° 65192/11, Recueil 2014-III, § 81.

82 ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 52 et 56 ss; ACEDH, Nechay c. Russie du 25 mai 2021, n° 40639/17, § 52; ACEDH, T.A. et autres c. République de Moldavie du 30 novembre 2021, n° 25450/20, § 51; ACEDH, V.D. et autres c. Russie du 9 avril 2019, n° 72931/10, § 114.

83 ACEDH, C. c. Finlande du 9 mai 2006, n° 18249/02. Sur l'importance de la volonté de l'enfant: ACEDH, Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012, § 82 ss; ACEDH, Siemianowski c. Pologne du 6 septembre 2005, n° 45972/99.

tient le TF par rapport à l'art. 3 § 1 CDE⁸⁴. Partie intégrante de l'art. 8 CEDH, il nous paraît également exclu de limiter la portée de la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant aux mesures de protection de l'enfant⁸⁵. La réalisation effective de cette priorisation est source de changements pour les autorités d'application du droit de la famille; elle suit la logique contemporaine selon laquelle «l'enfant fait famille»⁸⁶.

3. *Notions de «vie privée et familiale»*

Dans certains domaines, la CourEDH ne tranche pas sur le rattachement à la sphère familiale ou privée; elle admet que le grief invoqué relève du droit au respect de la «vie privée et familiale». Cette approche relativise d'emblée toute velléité de rechercher une définition stricte de ces deux domaines couverts par l'art. 8 CEDH. En matière de nom par exemple, la CourEDH a au contraire insisté sur l'applicabilité de l'art. 8 CEDH tant sous l'angle de la «vie privée» que sous celui de la «vie familiale»⁸⁷.

C'est à défaut de pouvoir rattacher de manière claire une prétention à la vie familiale que la CourEDH ne tranche pas en admettant le caractère large des notions de vie privée et familiale. Ainsi, sur le fondement de l'art. 8 CEDH, sans plus de précision, les autorités suisses ont été condamnées pour avoir procédé, sans en avertir la mère, à l'inhumation de son enfant mort-né⁸⁸. C'est une évolution car dans un arrêt antérieur, la CourEDH avait constaté qu'il ne pouvait y avoir une vie familiale lorsque l'enfant était mort-né; elle avait néanmoins admis l'existence d'un lien étroit relevant de la vie privée permettant d'exiger que le nom de famille de cet enfant, inscrit sur la pierre tombale, qui était celui du père juridique, soit modifié en faveur du nom du père biologique⁸⁹.

Si la CourEDH a laissé ouverte la question de savoir si un droit d'adopter peut être déduit de l'art. 8 CEDH pris isolément⁹⁰, pour ensuite le refuser sans

84 ATF 144 II 56, c. 5.2; ATF 136 I 297, c. 8.2. *Contra*: CDE, Observation générale n° 14/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14) ch. 6 let. a, selon le Comité des droits de l'enfant, l'art. 3 § 1 CDE, dans sa dimension droit de fond, crée une obligation intrinsèque directement applicable qui peut être invoquée devant un tribunal.

85 Dans ce sens: TF, 5C.97/2014 du 23 juin 2004, c. 3.3. Egalement critiques: LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 211 *in fine*; MEIER/STETTLER, N 823 note 1962.

86 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 392 et 403 s., déjà en 2002; LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 1360; PAPAU VAN DELDEN, Familles, p. 7 et réf. note 32; STEGMÜLLER, N 242.

87 CourEDH [déc.], Mentzen c. Lettonie du 7 décembre 2004, n° 71074/01, Recueil 2004-XII.

88 ACEDH, Hadri-Vionnet c. Suisse du 14 février 2008, n° 55525/00, § 52 ss. Dans un sens similaire: ACEDH, Marić c. Croatie du 12 juin 2014, n° 50132/12, § 59. PAPAU VAN DELDEN, *Fa-cettes*, p. 113; Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 8 N 72.

89 ACEDH, Znamenskaya c. Russie du 2 juin 2005, n° 77785/01, § 27. Cf. *infra* D.II.2.c/aa.

90 ACEDH, Schwizgebel c. Suisse du 10 juin 2010, n° 25762/07, Recueil 2010-V, § 72, rappelant l'ACEDH [GC], E. B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 43 et 46.

le motiver⁹¹, elle a en revanche admis que les notions de vie privée et familiale incluent le droit au respect de la décision de devenir ou de ne pas devenir parent, pour rattacher ensuite ce droit davantage sous le prisme de la vie privée⁹². Indépendant de l'état civil de la personne, le droit de devenir parent au sens de l'art. 8 CEDH semble privilégier la parenté biologique, la CourEDH ayant accordé ses lettres de noblesse à la réalité génétique⁹³. Dans ce sens, le droit de fonder une famille se trouve consacré à l'art. 8 CEDH et fait perdre de son intérêt à la question de savoir si le droit de fonder une famille au sens de l'art. 12 CEDH s'adresse exclusivement ou pas aux couples mariés. Il implique toutefois le consensus au sein du couple et l'opposition entre les partenaires amène à privilégier le *statu quo*: la volonté de la personne qui s'oppose à l'élargissement de la famille au nom du respect de sa vie privée l'emporte, en particulier sur le droit potentiel au respect de la vie privée et familiale de l'autre membre du couple⁹⁴.

L'exercice difficile de dessiner les contours précis du champ d'application de l'art. 8 CEDH est un préalable à la perception de la richesse de cette disposition pour le droit civil.

a. *Contours de la «vie familiale»*

Si les contours de la vie familiale ne se laissent pas saisir aisément, il convient néanmoins d'appréhender la nature des liens familiaux, sachant que subsiste comme secours l'application subsidiaire de la vie privée⁹⁵. La CourEDH a développé très rapidement une conception progressiste, matérielle et non formelle de la famille⁹⁶. Selon une jurisprudence ancienne et constante, la notion de «fa-

91 ACEDH, Valdís Fjólfnisdóttir et autres c. Islande du 18 mai 2021, n° 71552/17, § 57. Voir également: ACEDH, Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique du 16 décembre 2014, n° 52265/10, § 89, renvoyant à l'ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, sans dire que la question y était laissée ouverte. PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 200. Cf. *infra* D.II.4.

92 ACEDH, Dickson c. Royaume-Uni du 4 décembre 2007, n° 10699/05, Recueil 2006-XI, § 66 sous l'angle de la vie privée et familiale; sous le prisme de la vie privée: ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 80 *in fine*; ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 43; ACEDH [GC], Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, n° 6339/05, Recueil 2007-I, § 71 *in fine*. GALLUS, p. 887 s.

93 ACEDH, Valdís Fjólfnisdóttir et autres c. Islande du 18 mai 2021, n° 71552/17, § 57. Cf. *infra* C.I.3.a. MESNIL, N 10 *in fine*, note que la dimension biologique prédomine dans la définition du terme «parent», qui puise son origine latine du verbe *parere* signifiant engendrer.

94 ACEDH [GC], Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, n° 6339/05, Recueil 2007-I, l'obligation d'obtenir le consentement du père pour conserver et implanter des ovules fécondés n'emporte pas violation de l'art. 8 CEDH; CourEDH [déc.], Boso c. Italie du 5 septembre 2002, n° 50490/99, Recueil 2002-VII, § 2, l'avortement doit avant tout tenir compte des droits de la mère, analysés sous l'angle de l'art. 8 CEDH, alors que le couple est marié. Sur le droit de fonder une famille au sens de l'art. 12 CEDH, cf. *infra* C.II.2.

95 Sur la notion large de famille et le recours subsidiaire à la vie privée: BÜCHLER, Private and Family Life, p. 30; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 258 ss. Cf. *infra* C.I.3.b.

96 ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 31. PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 339 et réf. note 111.

mille» au sens de l'art. 8 CEDH ne se limite pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais englobe d'autres liens «familiaux» *de facto*⁹⁷. En 2010, la CourEDH a reconnu la relation «familiale» des couples stables de partenaires de même sexe, qualifiant d'artificielle sa conception antérieure limitée au respect de la vie privée⁹⁸.

De jurisprudence constante, le simple désir de fonder une famille n'est pas protégé par l'art. 8 CEDH, lequel présuppose en principe l'existence d'une famille⁹⁹. L'impossibilité d'établir une nouvelle vie familiale pendant la durée de la procédure de divorce ne permet ainsi pas de revendiquer le droit au respect d'une vie familiale hypothétique¹⁰⁰. En revanche, la relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouve pas encore pleinement établie, permet de bénéficier de la protection de l'art. 8 CEDH¹⁰¹. L'existence d'une vie familiale peut se satisfaire du statut formel des époux alors même qu'ils n'ont pas vécu de longues périodes avec leurs enfants¹⁰². L'art. 8 CEDH nécessite au minimum une relation potentielle qui aurait pu se développer¹⁰³. L'absence de cohabitation ou de liens *de facto* suffisamment étroits n'implique ainsi pas que toute vie familiale projetée est exclue de la protection de l'art. 8 CEDH; la CourEDH considère en effet que l'intention de constituer une vie familiale peut exceptionnellement tomber dans le champ d'application de cette disposition lorsque l'absence de vie familiale clairement établie n'est pas imputable au requérant¹⁰⁴. La protection d'une vie familiale «projetée» fondée sur des décisions définitives et irrévocables des juridictions internes faisant droit à la demande d'adoption emporte l'application de l'art. 8 CEDH¹⁰⁵.

L'existence d'une vie «familiale» engendre l'obligation d'agir de manière à permettre à ce lien familial de se développer. Lorsque le lien familial avec un enfant se trouve établi, l'Etat doit ainsi veiller à accorder une protection juri-

97 Notamment lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital: ACEDH, *Uzbyakov c. Russie* du 5 mai 2020, n° 71160/13, § 79; ACEDH, *Emonet et autres c. Suisse* du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 34; ACEDH [GC], *Johnston c. Irlande* du 18 décembre 1986, n° 9697/82, Série A-112, § 55 s., 15 ans de vie commune. Sur les contours de la vie familiale: HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 8 N 54 ss; Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 8 N 40 ss; DE VRIES, p. 701 ss; GRABENWARTER/PABEL, p. 304 ss N 16 ss; VILLIGER, p. 381 ss N 673 ss.

98 ACEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 94.

99 ACEDH, *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande* du 18 mai 2021, n° 71552/17, § 57; ACEDH [GC], *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 31.

100 ACEDH, *Berlin c. Luxembourg* du 15 juillet 2003, n° 44978/98, § 64.

101 ACEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, n° 9214/80 *et al.*, Série A-94, § 62.

102 ACEDH, *Ilya Lyapin c. Russie* du 30 juin 2020, n° 70879/11, § 48.

103 ACEDH, *Moretti et Benedetti c. Italie* du 27 avril 2010, n° 16318/07, § 49–52; ACEDH [GC], *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 41.

104 ACEDH, *K.A.B. c. Espagne* du 10 avril 2012, n° 59819/08, § 89; ACEDH, *Moretti et Benedetti c. Italie* du 27 avril 2010, n° 16318/07, § 143; ACEDH, *Anayo c. Allemagne* du 21 décembre 2010, n° 20578/07, § 57; ACEDH, *Todorova c. Italie* du 13 janvier 2009, n° 33932/06, § 53.

105 ACEDH, *Pini et autres c. Roumanie* du 22 juin 2004, n° 78028/01 et 78030/01, Recueil 2004-IV, § 141 ss.

dique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille¹⁰⁶. Le mode juridique d'établissement de la filiation doit demeurer sans effet sur le statut de l'enfant¹⁰⁷. L'enfant né d'une relation hors mariage fait en conséquence partie *ipso jure* de cette unité familiale dès le moment, et par le fait même, de sa naissance¹⁰⁸. La dissolution de la famille ne met pas fin à la vie familiale, qui doit être réorganisée dans le respect de l'art. 8 CEDH, les apports de la jurisprudence de la CourEDH étant essentiels en matière d'effets de la filiation, en particulier suite à la séparation parentale¹⁰⁹.

La vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH comprend les liens entre les proches parents¹¹⁰, dont les grands-parents et leurs petits-enfants, dans la mesure où existent des liens suffisamment étroits entre eux; son respect implique pour l'Etat l'obligation d'agir de manière à permettre à ces liens de se développer normalement¹¹¹. La relation entre grands-parents et petits-enfants est toutefois différente, par sa nature et son degré, de la relation entre parents et enfants et appelle en général un degré de protection moindre¹¹². Selon les circonstances toutefois, la protection accordée aux grands-parents ne se trouve pas diminuée en raison de la présence des parents¹¹³. L'intérêt supérieur de l'enfant est déterminant dans la pesée des intérêts contraires et peut amener le droit des grands-parents au respect de leur vie familiale à l'emporter sur celui du parent juridique direct¹¹⁴. La protection de l'art. 8 CEDH ne s'étend en principe pas aux rapports

106 ACEDH, Pini et autres c. Roumanie du 22 juin 2004, n^{os} 78028/01 et 78030/01, Recueil 2004-IV, § 150 s.; ACEDH, Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, n^o 16969/90, Série A-290, § 50; ACEDH, Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, n^o 18535/91, Série A 297-C, § 32; ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n^o 6833/74, Série A-31, § 31.

107 PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 5 s. et réf. notes 25–29.

108 ACEDH, Uzbyakov c. Russie du 5 mai 2020, n^o 71160/13, § 79, le refus de reconnaître la paternité d'un père biologique et de révoquer une ordonnance d'adoption viole l'art. 8 CEDH, cf. § 131 s.

109 COTTIER/WYTTENBACH, p. 99 ss; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 285 ss; PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 5 ss; WITTINGER, p. 98 ss.

110 ACEDH, Lazoriva c. Ukraine du 17 avril 2018, n^o 6878/14, violation de l'art. 8 CEDH pour avoir prononcé l'adoption d'un enfant sans tenir dûment compte de l'intérêt de sa tante à devenir sa tutrice.

111 ACEDH, Q et R c. Slovénie du 8 février 2022, n^o 19938/20, § 94; ACEDH [GC], Scozzari et Giunta c. Italie du 13 juillet 2000, n^{os} 39221/98 et 41963/98, Recueil 2000-VIII, § 221. Voir également: ACEDH, Manuello et Nevi c. Italie du 20 janvier 2015, n^o 107/10, § 47 ss sur une prise en compte insuffisante des intérêts des grands-parents.

112 ACEDH, T.A. et autres c. République de Moldavie du 30 novembre 2021, n^o 25450/20, § 50, violation de l'art. 8 CEDH en cas de transfert soudain chez son père de l'enfant qui vit chez ses grands-parents; CourEDH [déc.], Kruškić c. Croatie du 25 novembre 2014, n^o 10140/13, irrecevabilité d'une requête visant le refus d'une demande de la part des grands-parents pour obtenir la garde de leurs petits-enfants.

113 ACEDH, Terna c. Italie du 14 janvier 2021, n^o 21052/18, § 64; ACEDH, Nistor c. Roumanie du 2 novembre 2010, n^o 14565/05, § 70 ss.

114 ACEDH, Khusnutdinov et X c. Russie du 18 décembre 2018, n^o 76598/12, non-violation de l'art. 8 CEDH en refusant de rendre un enfant à son père compte tenu du souhait de l'enfant, âgée de 13 ans, de rester avec ses grands-parents, après le décès de sa mère.

entre parents et enfants adultes, sous réserve d'éléments supplémentaires de dépendance, autres que les liens affectifs normaux¹¹⁵.

La jurisprudence de Strasbourg fait une large place à la reconnaissance du lien de filiation biologique pour admettre l'existence d'une vie familiale, dont le projet peut suffire à sa réalisation¹¹⁶; l'exigence de l'effectivité du lien familial s'est atténuée à mesure de la force prise par le droit de connaître son ascendance¹¹⁷. Le lien de filiation biologique permet ainsi d'admettre une vie familiale alors même que le parent a refusé dans un premier temps tout projet parental¹¹⁸. En revanche, dans la mesure où le donneur de sperme donne son accord à la création d'une vie familiale exclusivement entre l'enfant et le couple bénéficiaire, en l'absence corrélatrice de tout projet parental entre lui-même et l'enfant, il ne pourra invoquer l'existence d'une vie familiale avec l'enfant sous réserve de rapports personnels avec ce dernier¹¹⁹.

Mettant particulièrement en évidence l'importance et la suffisance de liens *de facto*, la relation parent-enfant peut également exister en l'absence de lien de parenté juridique et/ou biologique. L'effectivité de la relation est déterminante, soit le temps vécu ensemble, la qualité de la relation ainsi que le rôle assumé par l'adulte envers l'enfant¹²⁰; les autorités nationales doivent être attentives à la jurisprudence de la CourEDH, souvent moins exigeante à cet effet qu'elles¹²¹. Une vie familiale peut être reconnue en l'absence de lien biologique entre le couple d'intention et l'enfant, né d'une mère porteuse à

-
- 115 ACEDH, Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, n° 16318/07, § 46; ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 36 s., de tels liens particuliers étant réalisés.
- 116 ACEDH, Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012, n° 45071/09, § 58; ACEDH, Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, n° 23338/09, § 61; ACEDH, Anayo c. Allemagne du 21 décembre 2010, n° 20578/07, § 57 et 60; ACEDH, Görgülü c. Allemagne du 26 février 2004, n° 74969/01, § 41 ss. MURAT, p. 174 s., apercevait déjà en 2002 que le critère biologique pourrait à l'avenir avoir un rôle plus important à jouer; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 258; PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 7 ss en détail sur le lien de parenté biologique dans la jurisprudence de Strasbourg avec de nombreuses réf.
- 117 PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 9; RIGAUX, p. 105, note que le droit de connaître ses origines a connu les bouleversements les plus radicaux.
- 118 ACEDH, Kearns c. France du 10 janvier 2008, n° 35991/04, § 72, la relation entre une mère ayant accouché sous X et son enfant, dont elle voulait obtenir la restitution, est couverte par la vie familiale, sans aucune motivation. Voir également: ACEDH, Todorova c. Italie du 13 janvier 2009, n° 33932/06, § 51 ss dûment motivé ici. Sur la disparité apparente de la jurisprudence: MURAT, p. 173 s.
- 119 ComEDH [déc.], J. M. R. c. Pays-Bas du 8 février 1993, n° 16944/90, D.R. 74, p. 120.
- 120 ACEDH, C.E. et autres c. France du 24 mars 2022, nos 29775/18 et 29693/19, § 49; ACEDH, Honner c. France du 12 novembre 2020, n° 19511/16, § 50 s.; ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 95; ACEDH, Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, n° 16318/07, § 48.
- 121 GOUTTENNOIRE, Relation, p. 42. Par ex.: TF, 5A_822/2010 du 13 mai 2011, c. 3.3, pour une interprétation à notre sens trop restrictive d'une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH, cf. PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 208.

l'étranger¹²². Elle a également été admise entre une personne convertie du sexe féminin au sexe masculin, qui se comportait en tous points comme un père, et l'enfant de sa compagne, conçu par insémination artificielle avec donneur¹²³. La relation entre l'enfant et sa famille nourricière peut de même relever de la vie familiale¹²⁴.

Émerge la difficulté à concilier différentes vies familiales qui peuvent entrer en concurrence, comme celle des parents nourriciers opposée au droit au respect de la vie familiale des parents biologiques et juridiques; dans la recherche de l'équilibre à trouver entre des intérêts inconciliables, la marge d'appréciation de l'État est ample et l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la clé¹²⁵.

b. Contours de la «vie privée»

La notion de «vie privée» est particulièrement large; elle englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel, le droit à l'autodétermination, et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur¹²⁶. Le droit au respect de la vie privée couvre un champ d'application matériel englobant le droit des personnes physiques et de la famille, car il s'étend en particulier aux domaines du début et de la fin de la vie, de l'ascendance et des droits de la personnalité.

La densité de la vie privée peut permettre de ne pas devoir trancher l'appartenance ou non à la vie familiale. Ainsi, la question de savoir si une procédure visant à dissoudre devant la loi des liens familiaux existants concerne la «vie

122 ACEDH, Valdfís Fjölfnisdóttir et autres c. Islande du 18 mai 2021, n° 71552/17, § 62. Vie seulement privée in: ACEDH [GC], Paradiso et Campanelli c. Italie du 24 janvier 2017, n° 25358/12, Recueil 2017, § 157.

123 ACEDH [GC], Y et Z c. Royaume-Uni du 20 mars 1997, n° 21830/93, Recueil 1997-II. MURAT, p. 168, note que depuis cet arrêt, l'accent est mis sur l'apparence comme critère privilégié de la filiation paternelle.

124 ACEDH, Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, n° 16318/07, § 49–52. La question de l'existence d'une vie familiale est laissée ouverte, au profit de la vie privée in: ComEDH [déc.], X. c. Suisse du 10 juillet 1978, n° 8257/78, D. R. 13, p. 248.

125 ACEDH, Callamand c. France du 7 avril 2022, n° 2338/20, § 37; ACEDH, Honner c. France du 12 novembre 2020, n° 19511/16, § 57; ACEDH, Saleck Bardi c. Espagne du 24 mai 2011, n° 66167/09, § 55; ACEDH, Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, n° 16318/07, § 67; ACEDH, Söderbäck c. Suède du 28 octobre 1998, n° 24484/94, Recueil 1998-VII, l'effectivité des liens unissant depuis l'âge de 8 mois l'enfant à son père adoptif, marié avec la mère, l'emporte sur le lien de filiation entre l'enfant et son père biologique. TF, 5A_762/2010 du 7 mars 2011, refus de restituer le droit de garde à la mère, dont la capacité éducative est mise en doute par les experts, le lien étroit créé durant les 6 ans de placement auprès de la famille d'accueil l'emportant à l'aune du bien de l'enfant.

126 ACEDH [GC], S. H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 80 et réf.; ACEDH [GC], Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, n° 6339/05, Recueil 2007-I, § 71; ACEDH, Pretty c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, n° 2346/02, Recueil 2002-III, § 61. HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 8 N 31 ss; Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 8 N 5 ss; DE VRIES, p. 670 ss; GRABENWARTER/PABEL, p. 296 ss N 6 ss; VILLIGER, p. 369 ss N 656 ss.

familiale» n'est pas tranchée, dès lors qu'en tout état de cause la détermination des relations juridiques entre un père avec son enfant putatif relève de la «vie privée» de l'intéressé¹²⁷. Dans un sens similaire, l'impossibilité pour un père biologique putatif d'avoir des contacts avec l'enfant sans qu'il soit tenu compte de l'intérêt supérieur de ce dernier entraîne la violation de l'art. 8 § 2 CEDH; sans exclure que la relation envisagée par le requérant relève de la «vie familiale», le rattachement à la «vie privée» au sens de l'art. 8 § 1 CEDH est admis¹²⁸. D'une manière générale, une procédure visant à l'établissement ou à la contestation de la paternité, aspect important de l'identité personnelle, concerne la vie privée¹²⁹.

Si la relation familiale prend fin lorsqu'elle est intentionnellement rompue par un parent, par exemple du fait de l'adoption consentie de l'enfant, les liens existants entre la mère biologique, les parents adoptifs et l'enfant biologique, s'ils ne relèvent plus de la vie familiale, concernent une partie importante de l'identité de la mère biologique et donc sa vie privée¹³⁰; il faut constater toutefois que dans le juste équilibre à ménager entre les intérêts privés concurrents, il pourrait être plus aisé de faire primer le respect de la vie familiale des parents adoptifs sur la vie privée de la mère biologique¹³¹.

La notion de «vie privée» inclut les liens affectifs s'étant créés et développés entre un adulte et un enfant en dehors des «situations classiques de parenté», soit sans lien de filiation biologique ni juridique¹³²; la CourEDH revient ici à son approche scindant vie familiale et privée, en réservant celle-ci subsidiaire-

127 ACEDH, Paulík c. Slovaquie du 10 octobre 2006, n° 10699/05, Recueil 2006-XI, § 41, l'impossibilité de désavouer la paternité établie par une décision judiciaire définitive, par opposition à la paternité présumée, entraîne une violation de l'art. 8 CEDH, et également des art. 14 et 8 CEDH, cf. § 47 et 59.

128 ACEDH, Schneider c. Allemagne du 15 septembre 2011, n° 17080/07, § 104, à défaut de raisons suffisantes pour justifier l'ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie privée, celle-ci n'est pas «nécessaire dans une société démocratique». Voir ultérieurement: ACEDH, Fröhlich c. Allemagne du 26 juillet 2018, n° 16112/15, non-violation de l'art. 8 CEDH dans le refus d'accorder au père biologique potentiel un droit de visite ou d'information.

129 ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 35; ACEDH, Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012, n° 45071/09, § 60; ACEDH, Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, n° 23338/09, § 63; ACEDH, Rasmussen c. Danemark du 28 novembre 1984, n° 8777/89, Série A-87, § 33.

130 ACEDH, I.S. c. Allemagne du 5 juin 2014, n° 31021/08, § 69.

131 ACEDH, I.S. c. Allemagne du 5 juin 2014, n° 31021/08, § 84–87, non-violation de l'art. 8 CEDH par 5 voix contre 2, le droit au respect de la vie familiale de la famille adoptive à ne pas être perturbée l'emporte, l'opinion dissidente défendue sur trois pages étant toutefois convaincante, cf. *infra* note 397. PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 204. Sur la relation entre la mère et son enfant mort-né, qui de la vie privée a évolué vers le champ indéfini de la «vie privée et familiale», cf. *supra* C.1.3 *ab initio*.

132 ACEDH, Callamand c. France du 7 avril 2022, n° 2338/20, § 22; ACEDH, C.E. et autres c. France du 24 mars 2022, n°s 29775/18 et 29693/19, § 53, la CourEDH examine distinctement les griefs sous l'angle du respect effectif de la vie familiale, cf. § 93–97, et sous celui de la vie privée s'agissant de l'impossibilité d'établir un lien de filiation, cf. § 98–116; ACEDH [GC], Paradiso et Campanelli c. Italie du 24 janvier 2017, n° 25358/12, Recueil 2017, § 161.

ment aux relations trop «originales», alors qu'elle peut admettre de manière incontestable – et convaincante – une vie familiale, malgré l'absence de lien biologique ou juridique¹³³.

Le droit à la connaissance des origines est déduit du droit à l'identité, lequel fait partie intégrante de la notion de vie privée au sens de l'art. 8 CEDH¹³⁴. Les personnes essayant d'établir leur ascendance ont un intérêt vital à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un important aspect de leur identité personnelle, qu'il convient de mettre en balance dans la pondération des intérêts concurrents¹³⁵. La jurisprudence de Strasbourg consacre ainsi un droit fondamental relatif à la connaissance des origines, la naissance et les circonstances de celle-ci relevant de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH, et ce même lorsque l'Etat est détenteur des données, ce qui est particulièrement illustré en matière d'accouchement sous X¹³⁶.

La dignité et la liberté étant de l'essence même de la Convention, le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des personnes trans est garanti par le biais de l'art. 8 CEDH¹³⁷. L'intérêt à obtenir la reconnaissance juridique d'une conversion sexuelle l'emporte en principe; la personne ne saurait être quotidiennement placée dans une situation globalement incompatible avec le respect dû à sa vie privée¹³⁸. Il est exclu de refuser de modifier l'état civil au motif que la personne n'a pas subi une opération stérilisante¹³⁹. La Suisse a par ailleurs été condamnée pour avoir fixé un «délai d'observation» arrêté à deux ans avant une opération de chirurgie de changement de sexe, sans exception possible, ce qui est contraire à l'art. 8 CEDH¹⁴⁰.

Le large champ couvert par la vie privée est un atout pour l'application de l'art. 8 CEDH en droit civil.

133 ACEDH, Honner c. France du 12 novembre 2020, n° 19511/16, § 51, en présence de 4 ans et demi de vie commune avec l'enfant. Cf. *supra* C.I.3.a.

134 ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X, § 37; ACEDH [GC], Odièvre c. France du 13 février 2003, n° 42326/98, Recueil 2003-III, § 29; ACEDH, Mikulić c. Croatie du 7 février 2002, n° 53176/99, Recueil 2002-I, § 53.

135 ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X, § 38. Cet ACEDH a fait couler beaucoup d'encre: AEBI-MÜLLER, Jusletter 2006; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 281 s.; MEIER/STETTLER, N 465 et réf.; PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 128 ss; HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 8 N 22; DE VRIES, p. 683.

136 ACEDH, Godelli c. Italie du 25 septembre 2012, n° 33783/09, § 46; ACEDH [GC], Odièvre c. France du 13 février 2003, n° 42326/98, Recueil 2003-III, § 29; ACEDH, Mikulić c. Croatie du 7 février 2002, n° 53176/99, Recueil 2002-I, § 53. BONNET, ACEDH Godelli et ACEDH Odièvre. Cf. *infra* D.II.2.c/bb.

137 ACEDH, A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, n°s 79885/12 *et al.*, Recueil 2017, § 93; ACEDH, van Kück c. Allemagne du 12 juin 2003, n° 35968/97, Recueil 2003-VII, § 69; ACEDH [GC], Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, Recueil 2002-VI, § 90.

138 ACEDH [GC], Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, Recueil 2002-VI, § 93; ACEDH [GC], B. c. France du 25 mars 1992, n° 13343/87, Série A 232-C, § 63.

139 ACEDH, A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, n°s 79885/12 *et al.*, § 135.

140 ACEDH, Schlumpf c. Suisse du 8 janvier 2009, n° 29002/06, § 115 s.

4. Liens entre les art. 8 et 12 CEDH

Le droit au respect de la vie privée et familiale de l'art. 8 CEDH entretient des liens étroits avec l'art. 12 CEDH, consacrant le droit au mariage et de fonder une famille, bien qu'il protège la vie familiale de manière nettement plus large¹⁴¹. S'il ne découle pas de l'art. 12 CEDH l'obligation d'ouvrir le mariage aux partenaires de même sexe, les Etats doivent, sur la base de l'art. 8 CEDH, instaurer un régime juridique reconnaissant et protégeant ces couples¹⁴². Les Etats bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré¹⁴³. L'obligation d'ouvrir le mariage pour tous et toutes ne peut par ailleurs être déduite de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH¹⁴⁴.

Le traitement préférentiel du mariage, garanti par l'art. 12 CEDH, doit être examiné à la lumière du principe de proportionnalité eu égard aux exigences de l'art. 8 § 2 CEDH, qui, cumulé à l'art. 14 CEDH, exige des motifs convainquants et solides pour justifier une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle¹⁴⁵. La marge d'appréciation laissée aux Etats dépend en outre du domaine juridique concerné. Les Etats jouissent ainsi d'une «certaine marge d'appréciation» pour prévoir un traitement juridique différent selon que le couple est marié ou non, notamment dans les domaines qui relèvent de la politique sociale et fiscale¹⁴⁶.

Dans une jurisprudence constante, la CourEDH examine les mesures internes qui empêchent ou limitent la faculté d'un parent et de son enfant à être ensemble, élément fondamental de la vie familiale, sous l'angle de l'art. 8 CEDH; cette disposition constitue une *lex specialis* dans de tels cas par rapport au droit de fonder une famille au sens de l'art. 12 CEDH¹⁴⁷. Le mariage donnant naissance en principe à une vie familiale, l'art. 8 CEDH l'emporte sur l'art. 12 CEDH une fois le couple marié, et, de même, le droit à mener une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH efface le droit de fonder une famille¹⁴⁸.

141 BESSON/KLEBER, art. 12 CEDH N 1; HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 12 N 14. Sur l'art. 12 CEDH: cf. *infra* C.II.

142 ACEDH, Fedotova et autres c. Russie du 13 juillet 2021, n° 40792/10; ACEDH, Oliari et autres c. Italie du 21 juillet 2015, n° 18766/11, § 185. Déjà in: ACEDH [GC], Vallianatos et autres c. Grèce du 7 novembre 2013, nos 29381/09 et 32684/09, Recueil 2013-VI, la CourEDH instaure le pacte civil comme «minimum garanti» par l'art. 8 CEDH, cf. DANIS-FATÔME, p. 742 ss. Cf. *infra* C.II.1.b.

143 ACEDH, Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 108.

144 ACEDH, Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 101.

145 ACEDH, Karner c. Autriche du 24 juillet 2003, n° 40016/98, Recueil 2003-IX, § 41. FRUMER, p. 663 ss. Cf. *infra* C.III.2.b.

146 ACEDH [GC], Şerife Yiğit c. Turquie du 2 novembre 2010, n° 3976/05, § 72 *in fine*; ACEDH [GC], Burden du 29 avril 2008, n° 13378/05, Recueil 2008-III, § 65.

147 ACEDH, P., C. et S. c. Royaume-Uni du 16 juillet 2002, n° 56547/00, Recueil 2002-VI, § 142. Une jurisprudence abondante ne cite que l'art. 8 CEDH, par ex.: ACEDH, Fourchon c. France du 28 juin 2005, § 25; ACEDH, Johansen c. Norvège du 7 août 1996, n° 17383/90, Recueil 1996-III, § 52.

148 ACEDH, P., C. et S. c. Royaume-Uni du 16 juillet 2002, n° 56547/00, Recueil 2002-VI, § 142.

La force acquise par l'art. 8 CEDH est de surcroît soulignée par le fait qu'une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale justifiée au regard de l'art. 8 § 2 CEDH n'est pas à même de constituer une violation de l'art. 12 CEDH¹⁴⁹. La consécration de l'adage «qui peut le plus peut le moins» est néanmoins à juste titre critiquée en doctrine¹⁵⁰.

5. *Obligations procédurales*

L'art. 8 CEDH garantit le droit au respect de la vie privée et familiale également dans sa dimension procédurale, même si son texte ne contient pas d'exigences procédurales explicites. En particulier, le processus décisionnel dans le cadre d'une procédure matrimoniale doit instaurer un juste équilibre entre les intérêts respectifs des parties, en prenant en considération de manière constante l'intérêt supérieur de l'enfant, sauf à violer l'art. 8 CEDH¹⁵¹. En d'autres termes, le processus décisionnel doit être équitable et de nature à assurer le respect des intérêts sauvegardés par cet article, que la procédure soit par ailleurs devant le juge ou l'autorité de protection¹⁵². Seul un examen suffisamment minutieux des juridictions nationales permet que le processus décisionnel assure le respect de l'art. 8 CEDH¹⁵³.

Cette disposition requiert une analyse suffisamment approfondie des circonstances du cas particulier par les autorités nationales lorsqu'il s'agit de prendre une décision relative à l'attribution des droits parentaux afin de déterminer quel est l'intérêt supérieur de l'enfant; elle peut en particulier exiger qu'une expertise soit ordonnée¹⁵⁴. Le défaut de représentation juridique durant la procédure dans le cadre de litiges complexes ou lorsque les décisions à prendre ont des conséquences très lourdes, comme il en va en matière de droit au respect de la vie familiale, peut entraîner une violation de l'art. 8 CEDH¹⁵⁵. La

149 CourEDH [déc.], Boso c. Italie du 5 septembre 2002, n° 50490/99, Recueil 2002-VII, § 3. Voir également: ACEDH, F. c. Suisse du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128, § 38.

150 PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 II, p. 596 et réf.

151 ACEDH, Buchs c. Suisse du 27 mai 2014, n° 9929/12, § 53–56 relatifs à une procédure d'attribution de l'autorité parentale conjointe. BLEICKER.

152 ACEDH, Q et R c. Slovénie du 8 février 2022, n° 19938/20, § 96; ACEDH, A.T. c. Italie du 24 juin 2021, n° 40910/19, § 49; ACEDH, Nechay c. Russie du 25 mai 2021, n° 40639/17, § 53; ACEDH, Petrov et X. c. Russie du 23 octobre 2018, n° 23608/16, § 101.

153 ACEDH [GC], Elsholz c. Allemagne du 13 juillet 2000, n° 25735/94, Recueil 2000-VIII, § 53; ACEDH, Leonov c. Russie du 10 avril 2018, n° 77180/11, l'attribution de la garde à la mère est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant et ne viole pas l'art. 8 CEDH; pour un exemple contraire: ACEDH, Elita Magomadova c. Russie du 10 avril 2018, n° 77546/14.

154 ACEDH, D.M. et N. c. Italie du 20 janvier 2022, n° 60083/19, § 82 ss dans le cadre d'une procédure d'adoptabilité; ACEDH, Petrov et X. c. Russie du 23 octobre 2018, n° 23608/16, ce avant d'approuver le déménagement de l'enfant avec l'un des parents, qui se voit attribuer la garde; ACEDH, S.S. c. Slovénie du 30 octobre 2018, n° 40938/16, sur l'importance des expertises s'agissant du retrait des droits parentaux d'une mère souffrant de schizophrénie paranoïde, suivi du refus d'un droit de visite après l'adoption de son quatrième enfant.

155 ACEDH, N.Ts. et autres c. Géorgie du 2 février 2016, n° 71776/12; ACEDH, P., C. et S. c. Royaume-Uni du 16 juillet 2002, n° 56547/00, Recueil 2002-VI, § 137.

CourEDH déduit de l'art. 8 CEDH en présence d'un conflit d'intérêts entre parents et enfant que celui-ci soit représenté par un curateur afin que le processus décisionnel protège suffisamment ses intérêts¹⁵⁶. La jurisprudence de Strasbourg accorde une importance notoire au rôle du curateur en tant que porte-parole de l'enfant dans la procédure¹⁵⁷. La conception réductrice du rôle du curateur procédural développée par le TF, limitant sa fonction à la détermination objective du bien de l'enfant et à sa transmission au tribunal, ne nous paraît pas compatible avec l'art. 8 CEDH¹⁵⁸. Il est également essentiel que le parent qui se trouve privé de son droit aux relations personnelles puisse avoir joué un rôle suffisamment important dans le processus décisionnel¹⁵⁹.

Des manquements procéduraux peuvent également être sanctionnés sous l'angle de l'art. 6 CEDH, qui garantit le droit à un procès équitable dans un délai raisonnable. Ainsi, le refus d'auditionner au moins l'aînée d'une fratrie et l'absence de toute motivation pour rejeter les prétentions des enfants à être entendues par le juge du divorce, alors qu'il s'agissait de décider du régime des visites du père, a entraîné la violation de l'art. 6 CEDH¹⁶⁰. L'enfant doit également être suffisamment associé au processus décisionnel, faute de quoi le défaut d'audition peut constituer une violation de l'art. 8 CEDH¹⁶¹. Lorsque le droit interne ne le prévoit pas, l'art. 8 CEDH constitue la base légale exigeant l'audition de l'enfant¹⁶². La reconnaissance de l'enfant en tant que sujet de droit a permis d'accorder une place beaucoup plus importante à sa volonté, le non-respect de celle-ci pouvant conduire à la violation de l'art. 8 CEDH¹⁶³.

Dans les affaires concernant l'état des personnes, une lenteur excessive peut avoir des conséquences sur la jouissance du droit au respect de la vie familiale, que la CourEDH sanctionne sous l'angle de l'art. 6 CEDH¹⁶⁴. Si les restrictions rendues nécessaires par la crise du Covid-19 ont pu, de manière compréhensible, avoir un effet négatif sur le traitement des affaires devant les juridictions internes,

156 ACEDH, R.B. et M. c. Italie du 22 avril 2021, n° 41382/19, § 83.

157 ACEDH, N.Ts. et autres c. Géorgie du 2 février 2016, n° 71776/12, § 73 ss.

158 ATF 142 III 153, JdT2017II 202, confirmé par le TF, 5A_894/2015 du 16 mars 2016, c. 4. LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 2138 et réf. note 4299; MEIER/STETTLER, N750 ss.

159 ACEDH [GC], Elsholz c. Allemagne du 13 juillet 2000, n° 25735/94, Recueil 2000-VIII; ACEDH [GC], Sahin c. Allemagne du 8 juillet 2003, n° 30943/96, Recueil 2003-VIII, § 64; ACEDH [GC], Sommerfeld c. Allemagne du 8 juillet 2003, n° 31871/96, Recueil 2003-VIII, § 62.

160 ACEDH, Iglesias Casarrubios et Cantalapedra Iglesias c. Espagne du 11 octobre 2016, n° 23298/12, § 42 s.

161 ACEDH, M. et M. c. Croatie du 3 septembre 2015, n° 10161/13, Recueil 2015-V, § 184.

162 Tel est le cas en droit suisse dans le cadre du regroupement familial inversé: ATF 147 I 149. LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 2056 note 4039 et réf.

163 En matière d'enlèvement international: ACEDH, N.Ts. et autres c. Géorgie du 2 février 2016, n° 71776/12. Mais pour deux contre-exemples: ACEDH, Rouiller c. Suisse du 22 juillet 2014, les motifs invoqués par l'enfant de 14 ans sont jugés insuffisants pour admettre l'opposition à son retour, et ACEDH, Gajtani c. Suisse du 9 septembre 2014, n° 43730/07.

164 ACEDH, Berlin c. Luxembourg du 15 juillet 2003, n° 44978/98, § 48 et 60; ACEDH [GC], Laino c. Italie du 18 février 1999, n° 33158/96, Recueil 1999-I, § 18.

elles ne permettent pas nécessairement d'exonérer l'Etat de sa responsabilité dans la longueur de la procédure au regard des exigences de l'art. 6 CEDH¹⁶⁵. La durée excessive de la procédure peut toutefois également être sanctionnée exclusivement sous l'angle de l'art. 8 CEDH¹⁶⁶; celui-ci répond à l'objectif plus large de garantir le respect de la vie privée et familiale¹⁶⁷. L'absence de décision dans un délai raisonnable entraîne ainsi une violation de l'art. 6 § 1 CEDH, alors que l'absence de mesures nécessaires pour exécuter une décision prise en matière d'autorité parentale, à l'origine d'une perte de contact avec les enfants, consiste en une violation de l'art. 8 CEDH¹⁶⁸.

Il existe en conclusion une intersection entre le champ d'application des art. 8 et 6 CEDH, peu aisée à circonscrire avec précision, mais dont la tendance est à l'absorption de l'art. 6 CEDH dans les obligations positives procédurales issues de l'art. 8 CEDH¹⁶⁹. Le plaideur veillera néanmoins à invoquer les deux bases légales.

II. Droit au mariage et droit de fonder une famille (art. 12 CEDH)

A teneur de l'art. 12 CEDH: «[à] partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit». L'art. 12 CEDH protège deux droits distincts, étant précisé que la réalisation du deuxième n'est pas une condition à la jouissance du premier; l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait passer pour le priver du droit de se marier¹⁷⁰. Cette disposition entretient des liens étroits et complémentaires avec le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH, ainsi qu'avec l'art. 5 du Protocole additionnel n° 7 (Prot. n° 7), selon lequel les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil durant le mariage et lors de sa dissolution,

165 ACEDH, Q et R c. Slovénie du 8 février 2022, n° 19938/20, § 80, violation de l'art. 6 § 1 CEDH en ce qui concerne la durée de la procédure d'autorisation de placement en famille d'accueil, les grands-parents maternels sollicitant le placement de leurs petits-enfants auprès d'eux après l'assassinat de la mère par le père.

166 ACEDH, Süss c. Allemagne du 10 novembre 2005, n° 40324/98, § 100, les exigences de célérité au sens de l'art. 6 § 1 CEDH sont implicitement contenues dans les garanties procédurales de l'art. 8 CEDH, et § 116; ACEDH, Penchevi c. Bulgarie du 10 février 2015, n° 77818/12, § 75 et 78 s.

167 ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 68; ACEDH, A. T. c. Italie du 24 juin 2021, n° 40910/19, § 49, examen de la requête, reprochant aux autorités internes de ne pas avoir pris de mesures rapides de nature à assurer la mise en œuvre du droit de visite du père face l'attitude oppositionnelle de la mère, uniquement sous l'angle de l'art. 8 CEDH; de même: ACEDH, R. B. et M. c. Italie du 22 avril 2021, n° 41382/19, § 41.

168 ACEDH, Milovanović c. Serbie du 8 octobre 2019, n° 56065/10. Non-violation des art. 6 et 8 CEDH pour des griefs similaires in: ACEDH, Zdravković c. Serbie du 20 septembre 2016, n° 28181/11.

169 BOUCAUD, p. 519; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 299.

170 ACEDH [GC], Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, Recueil 2002-VI, § 98. BESSON/KLEBER, art. 12 CEDH N 5.

visant l'égalité au sein du couple et dans les relations avec les enfants qui en sont issus¹⁷¹.

1. *Droit au mariage*

Le mariage confère un statut particulier à celles et ceux qui s'y engagent, emportant des conséquences sociales, personnelles et juridiques¹⁷²; l'exercice du droit de se marier est protégé par l'art. 12 CEDH. Il est admis que la protection du mariage constitue en principe une raison légitime pouvant justifier une différence de traitement entre couples mariés et non mariés, mais celle-ci s'analyse au regard des exigences de l'art. 8 § 2 en lien avec l'art. 14 CEDH¹⁷³. Le droit au mariage est constitué d'un aspect tant positif que négatif: en consacrant le droit de se marier, l'art. 12 CEDH tend à garantir également le droit de ne pas se marier¹⁷⁴.

Bien que l'art. 12 CEDH, comme l'ensemble des droits conventionnels, a avant tout pour but de garantir des droits subjectifs individuels¹⁷⁵, il se dégage de la composante positive de cette disposition, une dimension statutaire, dans le sens où l'Etat a l'obligation de reconnaître un statut matrimonial¹⁷⁶. L'obligation positive de protéger le droit au mariage est mise à l'épreuve dans le cadre de la lutte contre les mariages fictifs, le droit d'épouser la personne de son choix étant l'aspect que la jurisprudence de la CourEDH a traité de la manière la plus abondante¹⁷⁷.

a. *Absence d'un droit au divorce*

La CourEDH a refusé de déduire de l'art. 12 CEDH un droit au divorce en 1986¹⁷⁸. Elle a maintenu cette position ultérieurement¹⁷⁹. Dans l'ACEDH Ba-

171 RS 0.101.07, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 1988. Sur les liens entre les art. 8 et 12 CEDH, cf. *supra* C.I.4.

172 ACEDH [GC], Şerife Yiğit c. Turquie du 2 novembre 2010, n° 3976/05, § 72 et réf.; ACEDH [GC], Burden du 29 avril 2008, n° 13378/05, Recueil 2008-III, § 63. Sur le contenu de cette garantie: HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 12 N 4 ss; Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 12 N 3 ss; GRABENWARTER/PABEL, p. 362 ss N 80 ss; VAN RIJN, p. 838 ss; VILLIGER, p. 480 N 844 ss.

173 ACEDH, Karner c. Autriche du 24 juillet 2003, n° 40016/98, Recueil 2003-IX, § 37, sous réserve du respect du principe de la proportionnalité. Cf. *supra* C.I.4.

174 CS-GONIN, art. 12 CEDH N 11, relevant, note 8, que la CourEDH n'a cependant pas tranché la question explicitement à ce jour, se fondant sur l'ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 67; MARGUÉNAUD, Liberté, p. 16.

175 GRABENWARTER/PABEL, p. 363 N 80.

176 PAPAUX VAN DELDEN, Osmose, p. 34 et FamPra.ch 2011 I, p. 329 et réf. note 45.

177 MARGUÉNAUD, Liberté, p. 16 s. Cf. *infra* D.I.2.b.

178 ACEDH [GC], Johnston c. Irlande du 18 décembre 1986, n° 9697/82, Série A-112, § 52. CS-GONIN, art. 12 CEDH N 11 s.; MARGUÉNAUD, Liberté, p. 19; VAN RIJN, p. 846; VILLIGER, p. 482 N 846.

179 ACEDH, Babiarz c. Pologne du 10 janvier 2017, n° 1955/10, § 49; ACEDH, V.K. c. Croatie du 27 novembre 2012, n° 38380/08, § 99.

biarz c. Pologne, en 2017, les juges de Strasbourg n'ont pas tenu compte de la protection de la vie privée et familiale de la nouvelle cellule familiale, de laquelle était né un enfant, et ont permis à l'épouse de s'opposer au remariage de son conjoint; fondée sur une motivation rapide, l'arrêt fait face à de fortes opinions dissidentes convaincantes¹⁸⁰. La prévalence d'un lien conjugal irrémédiablement altéré sur la réalité d'une nouvelle vie affective familiale heurte. Il découle de cette jurisprudence que, quelles que soient les circonstances, nul n'a le droit de divorcer sans l'accord de son conjoint. Or, sans aller jusqu'à abandonner l'interdiction d'un droit au divorce, la CourEDH aurait pu considérer que l'Etat qui autorise le divorce, sans y être obligé par la Convention, ne peut le soumettre entièrement à la volonté des parties. De surcroît, si le droit de divorcer n'est pas une garantie conventionnelle, paradoxalement le droit de se remarier l'est¹⁸¹.

La jurisprudence de Strasbourg n'exige ainsi pas une dépenalisation du droit du divorce, comme la connaît le droit civil suisse¹⁸². En revanche, la CourEDH a reconnu une violation de l'art. 8 CEDH dans une décision des autorités nationales confiant la garde des enfants au père en se fondant principalement sur le fait que la mère avait eu une relation extraconjugale¹⁸³. L'art. 5 Prot. n° 7 n'introduit pas implicitement un droit au divorce et n'exclut pas des mesures plus favorables, au nom de l'intérêt de l'enfant, à l'un des conjoints après la dissolution du mariage¹⁸⁴.

b. *Sexe des conjoints*

La CourEDH a dans un premier temps défendu une vision traditionnelle du mariage entre deux personnes de sexe biologique différent, le but poursuivi étant essentiellement de protéger le mariage en tant que fondement de la famille¹⁸⁵. Elle a dans un second temps modifié sa jurisprudence en renonçant à ce que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques et en affirmant qu'aucune raison ne justifie que les personnes trans soient privées en toutes circonstances du droit de se marier¹⁸⁶. Les juges de Strasbourg ont en

180 Opinions dissidentes in: ACEDH Babiarz c. Pologne du 10 janvier 2017, n° 1955/10, des juges SAJO, p. 12–21, favorable à la proclamation d'un droit au divorce, et PINTO DE ALBUQUERQUE, p. 21–36, faisant suite à un ACEDH de seulement 11 pages! HOCHMANN, p. 1005 ss, au titre évocateur: «Le mariage est une prison».

181 ACEDH, F. c. Suisse du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128. Cf. *infra* D.I.1.

182 LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 9 et note 11.

183 ACEDH, Babayeva c. Azerbaïdjan du 30 janvier 2020, n° 57724/11.

184 ACEDH, Chepelev c. Russie du 26 juillet 2007, n° 58077/00, § 33–36. CS-GONIN, art. 12 CEDH N 39.

185 ACEDH [GC], Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni du 30 juillet 1998, nos 22985/93 et 23390/94, Recueil 1998-V, § 66; ACEDH, Cossey c. Royaume-Uni du 27 septembre 1990, n° 10843/84, Série A-184, § 43a; ACEDH, Rees c. Royaume-Uni du 10 octobre 1986, n° 9532/81, Série A-106, § 49. LEVINET, RTDH 1999, p. 646 ss.

186 ACEDH [GC], Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, Recueil 2002-VI, § 100 et 103 *in fine*.

outre admis que le mariage au sens de l'art. 12 CEDH puisse ne pas se limiter à une union entre partenaires de sexe opposé¹⁸⁷.

L'art. 12 CEDH n'impose toutefois pas aux États parties l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple de partenaires de même sexe; la CourEDH s'est prononcée dans ce sens pour la première fois en 2010¹⁸⁸. Elle a ensuite confirmé cette position, également sous l'angle de l'art. 12 combiné avec l'art. 14 CEDH, en laissant présager que l'évolution graduelle des législations nationales en la matière pourrait la faire changer d'avis¹⁸⁹. La consécration d'un droit subjectif peine toutefois à s'imposer¹⁹⁰. A cet effet, la version française de l'art. 12 CEDH est pourtant porteuse d'ouverture étant donné la précision selon laquelle «l'homme et la femme ont le droit de se marier». Si un droit au mariage ne peut pas davantage être déduit de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH, il n'en demeure pas moins que sur la base de l'art. 8 CEDH un régime juridique reconnaissant et protégeant les couples de partenaires de même sexe doit être prévu¹⁹¹.

2. *Droit de fonder une famille*

La question de savoir si le droit de fonder une famille est nécessairement lié au mariage est controversée. Si la Convention a vocation traditionnellement à protéger tout d'abord la famille nucléaire, qui se fonde sur le mariage et s'agrandit au rythme des naissances, la CourEDH a dissocié les aspects garantis par l'art. 12 CEDH dans sa jurisprudence sur les droits des personnes trans¹⁹². Il est soutenu que le droit de fonder une famille existe également en dehors des liens formels du mariage¹⁹³; l'interprétation de l'art. 8 CEDH liée à la réalité sociale pourrait à cet effet avantageusement s'étendre au champ d'application de l'art. 12 CEDH¹⁹⁴. A défaut, en doctrine, il est même défendu qu'il conviendrait d'abolir l'art. 12 CEDH afin de protéger différentes formes de vie familiale par

187 ACEDH, Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 61 ss. Les jalons avaient été posés à l'ACEDH, Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, Recueil 2002-VI, en particulier l'*obiter dictum* § 100. PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 327 et note 32; VAN RIJN, p. 843; VILLIGER, p. 481 N 844.

188 ACEDH, Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 62 s.

189 ACEDH, Chapin et Charpentier c. France du 19 juin 2016, n° 40183/07, § 37 ss; ACEDH, Oliari et autres c. Italie du 21 juillet 2015, n° 18766/11, § 192, 11 États autorisant désormais le mariage entre personnes de même sexe, et § 194; ACEDH [GC], Hämäläinen c. Finlande du 16 juillet 2014, n° 37359/09, Recueil 2014, § 96 et 113; ACEDH, Gas et Dubois c. France du 15 mars 2012, n° 25951/07, Recueil 2012-II, § 66.

190 CHASSIN, p. 463 ss, ce malgré les doutes émis en doctrine sur le caractère durable du rejet par la CourEDH du mariage entre personnes de même sexe, cf. LEVINET, RTDH 2004, p. 900.

191 ACEDH, Fedotova et autres c. Russie du 13 juillet 2021, n° 40792/10, § 56; ACEDH, Oliari et autres c. Italie du 21 juillet 2015, n° 18766/11, § 185. Cf. *supra* C.1.4.

192 ACEDH [GC], Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, Recueil 2002-VI, § 98.

193 PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 332 et réf. note 64.

194 GRABENWARTER/PABEL, p. 366 N 85, laissent la question ouverte; PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 333. Cf. *supra* C.1.4.

le biais de l'art. 8 CEDH¹⁹⁵. Néanmoins, la CourEDH reste frileuse sous l'angle de l'art. 12 CEDH¹⁹⁶.

Il est controversé de déterminer si le droit de fonder une famille inclut pour un couple marié le droit d'adopter¹⁹⁷; il ne découle en tous cas pas de cette norme un droit à l'adoption pour un couple non marié¹⁹⁸. Il faut en déduire *a fortiori* qu'une personne seule n'est pas en mesure d'invoquer l'art. 12 CEDH pour adopter un enfant¹⁹⁹. Il n'est en outre pas admis qu'un droit d'adopter figure en tant que tel à l'art. 12 CEDH, pas plus qu'il ne découle des art. 8 et 14 CEDH²⁰⁰.

Le droit de fonder une famille signifie pour le couple le droit de concevoir et de s'occuper de ses enfants²⁰¹. Il le protège contre les mesures étatiques qui restreindraient la faculté d'avoir des enfants, ou limiteraient de manière injustifiée la possibilité de recourir à l'adoption ou aux techniques de procréation médicalement assistée (PMA). Toutefois, pour les couples non mariés et les couples de partenaires de même sexe, l'art. 8 CEDH reste nettement plus prometteur²⁰².

3. Limitations

Le mariage n'est possible qu'à partir de l'âge nubile, tel que déterminé par le droit national²⁰³; une grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe a depuis longtemps fixé l'âge minimal au mariage à 18 ans, avec ou sans dérogation possible²⁰⁴. L'Etat est en droit de refuser de reconnaître un mariage en raison du jeune âge de l'un de ses membres²⁰⁵.

Si l'art. 12 CEDH ne prévoit pas un second alinéa précisant ses conditions de restriction, comme le connaît l'art. 8 CEDH, l'exercice du droit au mariage

195 GRIGOLO, p. 1023 ss.

196 GRABENWARTER/PABEL, p. 363 N 80; VILLIGER, p. 485 N 850.

197 CS-GONIN, art. 12 CEDH N 33 admet un droit d'adopter en faveur du couple marié. *Contra*: HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 12 N 13.

198 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 92. CS-GONIN, art. 12 CEDH N 33.

199 Dans ce sens: CS-GONIN, art. 12 CEDH N 35; HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 12 N 13.

200 ACEDH, Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande du 18 mai 2021, n° 71552/17, § 57; ACEDH, Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique du 16 décembre 2014, n° 52265/10, § 89; ACEDH, Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, n° 16318/07, § 47; ACEDH, Schwizgebel c. Suisse du 10 juin 2010, n° 25762/07, Recueil 2010-V, § 72; ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 41; ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 66 et 92. Cf. *supra* C.1.3.

201 PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 331 et réf. note 62.

202 Dans un sens similaire: VAN RIJN, p. 848.

203 ComEDH [déc.], Khan c. Royaume-Uni du 7 juillet 1986, n° 11579/85, D.R. 48, p. 257. CS-GONIN, art. 12 CEDH N 6; PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 327 et réf. note 33; ZIEGLER, p. 334 et 336.

204 VILLIGER, p. 482 N 845; ZIEGLER, p. 334.

205 ACEDH, Z.H. et R.H. c. Suisse du 8 décembre 2015, n° 60119/12, § 44. RANDIER.

reste soumis aux lois nationales. Dans l'examen du droit interne, la CourEDH détermine si, compte tenu de l'ample marge d'appréciation de l'Etat, l'ingérence au droit garanti à l'art. 12 CEDH est arbitraire ou disproportionnée²⁰⁶. Elle n'utilise pas les critères de «nécessité» ou de «besoin social impérieux» utilisés dans le cadre de l'examen des restrictions à l'art. 8 CEDH, mais s'applique à garantir la substance même du droit au mariage et de fonder une famille²⁰⁷.

Les limitations du droit national comprennent des règles de forme, en particulier concernant la publicité et la célébration du mariage, ainsi que des dispositions de fond, basées sur des considérations généralement reconnues d'intérêt public, en matière de capacité, de consentement, de degré de parenté ou de prévention de la bigamie²⁰⁸. L'obligation de contracter mariage selon les formes prescrites par le droit civil ne consiste pas en un refus du droit de se marier; l'Etat est par exemple en droit de ne pas reconnaître un mariage uniquement religieux²⁰⁹. Un tel constat ne signifie toutefois pas encore le respect des autres droits conventionnels, dont les art. 8 et 14 CEDH, ce qui confirme qu'il convient de ne pas arrêter la réflexion d'un éventuel conflit entre le droit civil et la CEDH sur le seul respect de l'art. 12 CEDH. En outre, si l'Etat est en droit de faire respecter ses lois régissant le mariage, la manière de les appliquer peut être influencée selon les circonstances, en particulier l'appartenance à une minorité. Ainsi, la bonne foi de la requérante quant à la validité de son mariage, célébré selon les rites propres à la communauté rom, confirmée par la reconnaissance officielle de sa situation par les autorités, a permis de juger discriminatoire le refus de lui accorder le droit de percevoir une pension de réversion, alors qu'un tel droit est octroyé lorsque des époux croient de bonne foi à l'existence de leur mariage alors que celui-ci est nul²¹⁰.

Les critères interdisant la discrimination, consacrés à l'art. 14 CEDH, s'appliquent en conséquence aux restrictions apportées au droit au mariage garanti par l'art. 12 CEDH. Les limitations du droit national au droit d'un étranger de se marier ont occupé les juges de Strasbourg et l'impact de cette jurisprudence sera

206 ACEDH, Frasik c. Pologne du 5 janvier 2010, n° 22933/02, Recueil 2010-I, § 90. BESSON/KLEBER, art. 12 CEDH N 4; CS-GONIN, art. 12 CEDH N 26 sur l'ampleur de la marge d'appréciation.

207 ACEDH, Muñoz Díaz c. Espagne du 8 décembre 2009, n° 49151/07, § 78; ACEDH, Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 49; ACEDH, F. c. Suisse du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128, § 32; ACEDH, Rees c. Royaume-Uni du 17 octobre 1986, n° 9532/81, Série A-106, § 50. Cf. *supra* C.I. pour la compréhension de l'art. 8 § 2 CEDH.

208 ACEDH, Frasik c. Pologne du 5 janvier 2010, n° 22933/02, Recueil 2010-I, § 89; ACEDH, Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 49; ACEDH, F. c. Suisse du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128, § 32.

209 ComEDH [déc.], X. c. République fédérale d'Allemagne du 18 décembre 1974, n° 6167/73, D.R. 1, p. 65.

210 ACEDH, Muñoz Díaz c. Espagne du 8 décembre 2009, n° 49151/07, § 52 ss, 61.

examiné à la lumière du Code civil suisse²¹¹. L'art. 12 CEDH a même connu un regain de vitalité en lien avec des législations toujours plus restrictives dans le but de faire obstacle aux mariages de complaisance.

III. Interdiction de la discrimination (art. 14 CEDH)

A teneur de l'art. 14 CEDH: «[l]a 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». Le Protocole n° 12, entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, généralise l'interdiction de la discrimination, mais il n'est pas ratifié par la Suisse. En outre, l'art. 5 Prot. n° 7 traite spécifiquement de l'égalité entre époux; il vise l'égalité au sein du couple marié et dans les relations avec les enfants.

La CourEDH, si elle rappelle qu'elle n'est en principe pas appelée à régler des différends purement privés, reconnaît que les relations entre particuliers peuvent tomber sous l'empire de l'art. 14 CEDH²¹². Le cumul des art. 14 et 8 CEDH est ainsi d'importance cardinale en droit de la famille et a déjà permis des évolutions remarquables en matière d'égalité des filiations et d'égalité entre les sexes.

1. Portée autonome à défaut d'existence indépendante

L'art. 14 CEDH complète les clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante étant donné qu'il vaut uniquement pour «la jouissance des droits et libertés» garantis. Il suffit pour que l'art. 14 CEDH trouve à s'appliquer que les faits du litige tombent sous l'empire de l'une au moins des dispositions de la Convention²¹³. Il peut emporter une violation des droits conventionnels sans un manquement aux exigences de ces derniers: dans cette mesure, l'art. 14 CEDH possède une portée autonome²¹⁴. L'interdiction de la discrimination s'applique aussi aux droits additionnels, relevant du champ d'application général de tout article de la Conven-

211 Cf. *infra* D.I.2.b.

212 ACEDH, Pla et Puncernau c. Andorre du 13 juillet 2004, n° 69498/01, Recueil 2004-VIII, § 59, l'exclusion d'un enfant adoptif d'un héritage conduit la CourEDH à intervenir.

213 ACEDH, X c. Pologne du 16 septembre 2021, requête n° 20741/10, § 66; ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 61; ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 47. GERARDS, p. 999 s.

214 ACEDH, X c. Pologne du 16 septembre 2021, requête n° 20741/10, § 66; ACEDH, Petrovic c. Autriche du 27 mars 1998, n° 20458/92, Recueil 1998-II, § 22 et réf.; ACEDH, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, n° 9214/80 *et al.*, Série A-94, § 71; ACEDH, Rasmussen c. Danemark du 28 novembre 1984, n° 8777/89, Série A-87, § 29.

tion, que l'Etat a volontairement décidé de protéger, même si la Convention ne les garantit pas expressément²¹⁵.

Il appartient au requérant de démontrer qu'il se trouve dans une situation pertinente similaire à celle d'autres personnes traitées différemment²¹⁶. Une distinction est discriminatoire au regard de l'art. 14 CEDH si elle manque de justification objective et raisonnable, soit si elle ne poursuit pas un but légitime, ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé²¹⁷.

Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à certains égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique. L'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte, mais la décision finale quant aux exigences de la CEDH appartient à la CourEDH²¹⁸; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats parties peut constituer un facteur pertinent à cet égard²¹⁹. Dès lors que des questions délicates touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, une large marge d'appréciation est laissée aux autorités nationales²²⁰. Or, les questions qui touchent au droit civil sont par définition des questions sensibles. De surcroît, la marge de manœuvre est plus étroite lorsqu'une discrimination est fondée sur les critères du sexe ou de la naissance. Les contours de la marge d'appréciation deviennent décisifs pour trancher les litiges soumis aux juges de Strasbourg.

2. *Critères de distinction topiques en droit civil*

La question de la différence de traitement juridique entre couples mariés et non mariés, et leurs enfants respectifs, est clé en droit de la famille. Il s'agit de la légitimité de l'état civil comme critère de distinction, ce qui revient à questionner le mariage comme source d'inégalités. Il existe une tension entre l'institution ma-

215 ACEDH [GC], *Fabián c. Hongrie* 5 septembre 2017, n° 78117/13, § 112; ACEDH [GC], *E. B. c. France* du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 48, s'agissant du droit d'adopter; ACEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, n°s 9214/80 *et al.*, Série A-94, § 78. *HK EMRK-MEYER-LADEWIG/LEHNER*, art. 14 N 8.

216 ACEDH, *Yocheva et Ganeva c. Bulgarie* du 11 mai 2021, n°s 18592/15 et 43863/15, § 100; ACEDH [GC], *Fabián c. Hongrie* 5 septembre 2017, n° 78117/13, § 113 et réf.

217 ACEDH, *X c. Pologne* du 16 septembre 2021, n° 20741/10, § 69; ACEDH [GC], *Fabris c. France* du 7 février 2013, n° 16574/08, Recueil 2013-I, § 56; ACEDH [GC], *Burden* du 29 avril 2008, n° 13378/05, Recueil 2008-III, § 60.

218 ACEDH, *Yocheva et Ganeva c. Bulgarie* du 11 mai 2021, n°s 18592/15 et 43863/15, § 101.

219 ACEDH, *Fretté c. France* du 26 février 2002, n° 36515/97, Recueil 2002-I, § 40; ACEDH, *Rasmussen c. Danemark* du 28 novembre 1984, n° 8777/89, Série A-87, § 40.

220 ACEDH, *Schwizgebel c. Suisse* du 10 juin 2010, n° 25762/07, Recueil 2010-V, § 93; ACEDH, *Fretté c. France* du 26 février 2002, n° 36515/97, Recueil 2002-I, § 41.

trimoniale au sens de l'art. 12 CEDH, reconnue par la CourEDH comme pouvant être privilégiée dans le cadre d'une jurisprudence conservatrice, et la conjonction du droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH, source d'une jurisprudence dynamique, également en lien avec l'art. 14 CEDH. La liste des critères de distinction consacrés à l'art. 14 CEDH est exemplative²²¹. Seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique identifiable, ou «situation», sont susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire au sens de l'art. 14 CEDH²²². L'expression «toute autre situation» a reçu une interprétation large, ne se limitant pas aux caractéristiques qui présentent un caractère personnel en ce sens qu'elles sont innées ou inhérentes à la personne. Ainsi, si le pays de résidence des enfants est le motif essentiel du traitement différencié des citoyens, il constitue un aspect du statut personnel aux fins de l'art. 14 CEDH²²³; cet article couvre en conséquence également les cas dans lesquels un individu est traité moins favorablement du fait de la situation ou des caractéristiques d'une autre personne²²⁴.

Le mode de vie peut à notre sens entrer dans la liste des motifs proscrits. Or, l'Etat est tenu de respecter des formes de vie familiale minoritaire, voire marginale, *a fortiori* les couples de fait²²⁵. En lien avec le mode de vie, la CourEDH a dû se prononcer sous l'angle des art. 14 et 8 CEDH sur la stigmatisation alléguée de la famille d'un enfant, liée à l'appartenance de celle-ci à l'ethnie rom; la discrimination fondée sur l'origine ethnique d'une personne est une forme de discrimination raciale, particulièrement odieuse et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités²²⁶. Dans la mesure où aucune motivation liée à l'origine ethnique de l'enfant et de sa famille n'a été invoquée par les juridictions internes pour justifier le placement de l'enfant, il est admis que ce placement a été motivé en raison de l'intérêt supérieur de la fillette d'être éloignée d'un milieu où elle était fortement pénalisée sous différents points de vue et

221 ACEDH, Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal du 21 décembre 1999, n° 33290/96, Recueil 1999-IX, § 28, cf. l'adverbe «notamment».

222 ACEDH [GC], Fábíán c. Hongrie 5 septembre 2017, n° 78117/13, § 113; ACEDH, X c. Pologne du 16 septembre 2021, n° 20741/10, § 68 et réf.

223 ACEDH, X c. Pologne du 16 septembre 2021, n° 20741/10, § 68; ACEDH, Efe c. Autriche du 8 janvier 2013, n° 9134/06, § 48. CS-GONIN, art. 14 CEDH N 89, sur l'interprétation mouvante mais de façon générale dynamique de la notion de «toute autre situation».

224 ACEDH, Guberina c. Croatie du 22 mars 2016, n° 23682/13, § 78 s., la discrimination fondée sur le handicap de l'enfant, subie par le père dans le cadre de l'application de la législation fiscale, étant couverte par l'art. 14 CEDH.

225 PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 334 s. Cf. *infra* C.III.2.a, sur l'impact de la reconnaissance de l'égalité des filiations sur l'aplanissement des différences entre modèles familiaux formels et informels.

226 ACEDH, Terna c. Italie du 14 janvier 2021, n° 21052/18, § 91. Sur la vulnérabilité des Roms/Tsiganes impliquant d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie: ACEDH [GC], D.H. et autres c. République tchèque du 13 novembre 2007, n° 57325/00, Recueil 2007-IV, § 181.

également en raison de l'incapacité de sa grand-mère à exercer un rôle parental²²⁷.

L'âge entre également sous «toute autre situation». Le critère de la différence d'âge entre l'adoptante et l'adopté n'est à juste titre pas fixé de manière abstraite par le législateur suisse; la différence de traitement par rapport à une mère adoptante plus jeune n'a pas entraîné une discrimination sens de l'art. 14 CEDH en interdisant l'adoption d'un second enfant par une célibataire âgée de 47 ans²²⁸.

a. Naissance

Très tôt, la CourEDH a été une fervente protectrice de l'égalité des filiations, la différence de traitement selon que la filiation est établie dans ou hors des liens du mariage s'analysant en une discrimination sur la base de la naissance²²⁹. «[L]'État doit se garder de toute discrimination fondée sur la naissance: ainsi le veut l'article 14 combiné avec l'article 8»²³⁰. La CourEDH relève que la communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe quant à l'importance de l'égalité de traitement entre les enfants nés dans le mariage et les enfants nés hors mariage est établie depuis longtemps, ce qui a d'ailleurs conduit à une approche uniforme aujourd'hui des législateurs nationaux en la matière – le principe d'égalité éliminant les notions mêmes d'enfants légitimes et d'enfants nés hors mariage – et à une évolution sociale et juridique entérinant définitivement l'objectif de réaliser l'égalité entre les enfants²³¹. Seules de très fortes raisons peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage²³². Il en va ainsi également pour les questions successorales, même s'il n'existe pas *stricto sensu* de droit à hériter fondé sur la Convention²³³. La discrimination entre père marié et non marié

227 ACEDH, Terna c. Italie du 14 janvier 2021, n° 21052/18, § 98 et 99, quant au rôle de la tutrice, cf. § 22 s., la CourEDH estime que les considérations de celle-ci sont le reflet de préjugés, mais qu'il s'agit d'une base insuffisante pour conclure que les décisions des juridictions étaient motivées par l'origine ethnique de l'enfant et de sa famille.

228 ACEDH, Schwizgebel c. Suisse du 10 juin 2010, n° 25762/07, Recueil 2010, § 76 ss.

229 ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 34. HK EMRK-MEYER-LADEWIG/LEHNER, art. 14 N 30 ss; GERARDS, p. 1023 s.

230 ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 41.

231 ACEDH, Yocheva et Ganeva c. Bulgarie du 11 mai 2021, nos 18592/15 et 43863/15, § 102; ACEDH [GC], Fabris c. France du 7 février 2013, n° 16574/08, Recueil 2013-I, § 58.

232 ACEDH, Yocheva et Ganeva c. Bulgarie du 11 mai 2021, nos 18592/15 et 43863/15, § 102; ACEDH, Brauer c. Allemagne du 28 mai 2009, n° 3545/04, § 40; ACEDH, Pla et Puncernau c. Andorre du 13 juillet 2004, n° 69498/01, Recueil 2004-VIII, § 61. Violation sous l'angle des art. 14 et 1 du Protocole n° 1 garantissant le droit de propriété: ACEDH [GC], Fabris c. France du 7 février 2013, n° 16574/08, Recueil 2013-I, § 59; ACEDH, Camp et Bourimi c. Pays-Bas du 3 octobre 2000, n° 28369/95, Recueil 2000-X, § 38; ACEDH, Mazurek c. France du 1^{er} février 2000, n° 34406/97, Recueil 2000-II, § 30; ACEDH, Inze c. Autriche du 28 octobre 1987, n° 8695/79, Série A-126, § 41. HK EMRK-MEYER-LADEWIG/LEHNER, art. 14 N 31; GERARDS, p. 1023 s.

233 ACEDH, Mitzinger c. Allemagne du 28 mai 2017, n° 29762/10, exclusion des droits successoraux les enfants nés hors mariage avant une date donnée est discriminatoire; ACEDH, Wolter et Sarfert c. Allemagne du 23 mars 2017, nos 59752/13 et 66277/13. CS-GONIN, art. 14 CEDH N 86.

dans leurs rapports avec l'enfant est prohibée par la jurisprudence de Strasbourg²³⁴.

Le principe de l'égalité des filiations est source de reconnaissance pour la diversité des modèles familiaux. La reconnaissance des droits de l'enfant mène en effet le droit à s'intéresser moins à la structure familiale qu'à l'enfant: la parentalité devient un statut privilégié comme le fut la conjugalité²³⁵. Dans ce cadre, l'œuvre jurisprudentielle de la CourEDH est substantielle: elle se charge de la mission de faire respecter les droits de l'enfant proclamés dans la CDE²³⁶.

b. Sexe et orientation sexuelle

Selon une jurisprudence constante, seules des considérations très fortes peuvent amener la CourEDH à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe²³⁷. La jurisprudence de Strasbourg a en particulier fait avancer le droit du nom en soulignant l'importance de la progression vers l'égalité entre hommes et femmes²³⁸. En matière de violence domestique, le manquement des autorités internes à assurer une protection effective cumulé à l'impunité de l'auteur, mènent à créer un climat propice à cette violence ou en substance à la cautionner; les Etats doivent lutter plus efficacement contre elle, notamment parce qu'elle touche particulièrement les femmes²³⁹.

L'orientation sexuelle consiste en une «autre situation» au sens de l'art. 14 CEDH, et les différences de traitement fondées sur ce critère doivent également être justifiées par des raisons particulièrement graves²⁴⁰. La marge d'appréciation de l'Etat est étroite: les différences fondées uniquement ou de manière décisive sur des considérations d'orientation sexuelle sont en effet inaccep-

234 ACEDH [GC], Sahin c. Allemagne du 8 juillet 2003, n° 30943/96, Recueil 2003-VIII; ACEDH, Sommerfeld c. Allemagne du 8 juillet 2003, n° 31871/96, Recueil 2003-VIII. WITTINGER, p. 92 ss.

235 LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 1366; PAPAU VAN DELDEN, Droits, p. 392; STEGMÜLLER, N 242.

236 LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 1360. Voir également: WYTENBACH/SCHLÄPPI, p. 462. Cf. *supra* C.1.2.

237 ACEDH, Yocheva et Ganeva c. Bulgarie du 11 mai 2021, n°s 18592/15 et 43863/15, § 102, la différence de traitement, dont la mère non mariée a été victime, s'analyse en une discrimination fondée à la fois sur sa situation familiale et sur son sexe, cf. § 125; ACEDH, Kerner c. Autriche du 24 juillet 2003, n° 40016/98, Recueil 2003-IX, § 37; ACEDH, Burghartz c. Suisse du 22 février 1994, n° 16213/90, Série A 280-B, § 27. HK EMRK-MEYER-LADEWIG/LEHNER, art. 14 N 17 s.

238 Cf. *infra* D.III.1.

239 ACEDH, Talpis c. Italie du 2 mars 2017, n° 41237/14, § 145; ACEDH, Halime Kiliç c. Turquie du 28 juin 2016, n° 63034/11, § 120. Sur le renforcement des exigences de la CourEDH à l'égard des violences domestiques: GARCIA, p. 257 ss. Cf. *supra* B.III.2.

240 ACEDH, Gas et Dubois c. France du 15 mars 2012, n° 25951/07, Recueil 2012-II, § 59; ACEDH, Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 96 s.; ACEDH, Kerner c. Autriche du 24 juillet 2003, n° 40016/98, Recueil 2003-IX, § 37. CS-GONIN, art. 14 CEDH N 90; HK EMRK-MEYER-LADEWIG/LEHNER, art. 14 N 18 s.; GERARDS, p. 1024 s.

tables au regard de la Convention²⁴¹. Exclure les couples de même sexe d'une forme de partenariat autre que le mariage n'est pas fondé sur des raisons solides et convaincantes, la CourEDH contrôlant de manière effective la discrimination²⁴².

L'interdiction de la discrimination couvre également les questions liées plus largement à l'identité de genre²⁴³. En restreignant les droits parentaux de la requérante et ses contacts avec ses enfants sans procéder à une évaluation adéquate du préjudice possible pour les enfants, les juridictions internes se sont fondées sur sa transition de genre, l'ont distinguée en raison de son statut de personne transgenre et ont opéré une distinction qui n'était pas justifiée au regard de la CEDH; à défaut d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi, les art. 14 et 8 CEDH sont violés²⁴⁴.

D. Aspects choisis du droit des personnes physiques et de la famille à la lumière de la CEDH

L'influence de la CEDH doit être analysée de manière rétrospective et prospective, afin d'en cerner au mieux les acquis et le potentiel. La réflexion portera sur l'impact de la CEDH sur l'interprétation du droit civil suisse, les modifications législatives intervenues et à envisager, en lien avec d'éventuelles lacunes et incompatibilités. Le champ d'analyse portera tout d'abord sur le mariage (I.), puis le droit de la filiation (II.), pour terminer avec le nom (III.), sans prétendre à l'exhaustivité même dans ces matières circonscrites.

I. Mariage

Le mariage s'ouvre aux personnes de même sexe au 1^{er} juillet 2022, sans que cette ouverture ne soit actuellement une exigence conventionnelle. Le nouvel art. 94 CC a la teneur suivante: «[l]e mariage peut être contracté par deux personnes âgées de 18 ans révolus et capables de discernement», la référence à l'homme et la femme étant supprimée²⁴⁵.

241 ACEDH, X c. Pologne du 16 septembre 2021, requête n° 20741/10, § 70 et réf.; ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 93–96; ACEDH, Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal du 21 décembre 1999, n° 33290/96, Recueil 1999-IX, § 36.

242 ACEDH [GC], Vallianatos et autres c. Grèce du 7 novembre 2013, nos 29381/09 et 32684/09, Recueil 2013-VI. DANIS-FATÔME, p. 737 ss. Cf. *supra* C.II.1.b.

243 ACEDH, X c. Pologne du 16 septembre 2021, requête n° 20741/10, § 70; ACEDH, A.M. et autres c. Russie du 6 juillet 2021, n° 47220/19, § 73; ACEDH, P.V. c. Espagne du 30 novembre 2010, n° 35159/09, § 30, admettant la dysphorie de genre comme étant couverte par l'art. 14 CEDH.

244 ACEDH, A.M. et autres c. Russie du 6 juillet 2021, n° 47220/19, § 79–81.

245 FF 2020 9607, Code civil (Mariage pour tous): Modification du 18 décembre 2020; les partenaires enregistré.e.s pourront convertir leur partenariat en mariage, cf. art. 35 et 35a nLPart.

1. *Démariage et remariage*

La CourEDH a jugé, à une courte majorité de 9 voix contre 8, que l'interdiction temporaire de remariage (art. 150 aCC), sanction civile imposée à l'époux coupable d'avoir gravement transgressé ses devoirs conjugaux par le tribunal qui avait prononcé le divorce, portait atteinte à la substance même du droit au mariage, moyen disproportionné pour atteindre un but estimé légitime et conforme à l'intérêt public, à savoir la stabilité du mariage²⁴⁶. La condamnation de la Suisse en 1987 avait entraîné l'intervention de la Cheffe du Département de justice et police afin que les tribunaux renoncent à appliquer l'art. 150 aCC, le temps – certes long – de son abrogation lors de la réforme du droit du mariage²⁴⁷.

Le droit au remariage permet d'admettre que le principe de l'unité du jugement de divorce ne fait pas obstacle à un jugement partiel rendu sur le seul principe du divorce, lorsque la procédure risque de se prolonger dans la durée²⁴⁸. Dans ce sens, une procédure de divorce qui s'étendrait sur plusieurs années peut entraîner une violation de l'art. 12 CEDH, en sus de celle de l'art. 6 § 1 CEDH²⁴⁹.

2. *Limitations au droit de se marier*

La place manque pour traiter de l'ensemble des limitations apportées par le Code civil au droit au mariage. Les sujets portés devant la CourEDH retiendront l'attention.

a. *Empêchement au mariage*

Au 1^{er} janvier 2006, en parallèle avec l'entrée en vigueur de la LPart, l'empêchement au mariage fondé sur le lien d'alliance avec l'enfant du conjoint (art. 95 al. 1 ch. 2 aCC) a été supprimé. Le TF avait jugé que la prohibition du mariage avec l'enfant de son conjoint était conforme à l'art. 12 CEDH, réaffirmant que rien ne s'opposait à l'examen de la compatibilité d'une disposition légale fédérale avec la CEDH²⁵⁰. Cet arrêt offre une grille d'analyse de la jurisprudence fédérale relative à l'examen des restrictions au droit au mariage à la lumière de la CEDH. Les conditions du respect de l'essence du droit fondamental, ainsi que de la base légale étant manifestement remplies, le TF a examiné si

246 ACEDH, F. c. Suisse du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128, § 36 et 40. PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 II, p. 593 s., relevant qu'une atteinte qui heurte le noyau intangible d'un droit fondamental est nécessairement disproportionnée.

247 RO 1999 1118. MALINVERNI, Modifications, p. 388.

248 ATF 144 III 298, c. 7.2; TF, 5A_689/2019 du 5 mars 2020, c. 3.1. LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 2679 et réf. note 5180.

249 ACEDH, V.K. c. Croatie du 27 novembre 2012, n° 38380/08, § 106.

250 ATF 128 III 13, c. 3. Cf. *supra* B.II. Pour les réf. de la LPart, cf. *infra* note 410.

l'interdiction de mariage statuée pour les relations entre beaux-parents se fondait sur des motifs d'intérêt public généralement reconnus et si ceux-ci l'emportaient sur l'intérêt des requérants à se marier; il l'a admis au nom de la stabilité de la famille, de la protection du libre épanouissement et de l'intégrité sexuelle de l'enfant du conjoint²⁵¹.

En 2005, la CourEDH a toutefois eu l'occasion d'indiquer que l'interdiction généralisée pour une belle-fille d'épouser son beau-père, aussi longtemps que le fils du beau-père et sa mère ne sont pas décédés, violait l'art. 12 CEDH, même si cette prohibition était prévue afin de protéger l'intégrité familiale²⁵². La suppression de l'art. 95 al. 1 ch. 2 aCC s'imposait.

b. *Mariages fictifs*

Le mariage est qualifié de fictif (*Scheinehen*) lorsque les époux n'ont pas la volonté sérieuse de se marier et utilisent l'institution à des fins qui lui sont étrangères, dans le but exclusif de contourner les dispositions du droit des étrangers. Le mariage fictif se distingue du mariage motivé par des considérations par exemple successorales ou du mariage d'intérêt, dans lequel l'époux établi en Suisse voue une réelle affection pour son conjoint au statut précaire. Sans égard au caractère individuel du droit au mariage, après avoir laissé la question ouverte, le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence depuis bien établie, a toutefois déclaré qu'il suffit que l'un des fiancés ait l'intention réprouvée pour que le mariage soit fictif²⁵³. Le mariage blanc se distingue également des mariages arrangés et forcés, l'impossibilité le cas échéant de célébrer de tels mariages s'analysant au regard de la capacité matrimoniale des fiancés²⁵⁴. L'ensemble de cette typologie de mariages met à l'épreuve le respect des droits fondamentaux des intéressés.

La lutte contre les mariages de complaisance par le biais du droit civil a donné lieu à des interprétations inconciliables et particulièrement intéressantes quant à l'influence de la CEDH. Il s'agit d'un sujet délicat dans la mesure où le droit civil est amené à servir des fins qui ne sont pas les siennes, soit des objectifs liés à la police et à la politique des étrangers²⁵⁵.

251 ATF 128 III 13, c. 4 et 5c.

252 ACEDH, B. et L. c. Royaume-Uni du 13 septembre 2005, n° 36536/02, § 37 ss. CS-GONIN, art. 12 CEDH N 28.

253 ATF 142 III 609, c. 3.3.2, confirmé par ex. in: TF, 5A_1041/2018 du 9 mai 2019, c. 5.2. Question ouverte encore in: TF, 5F_11/2015 du 2 février 2016, c. 4.1. Critiques: CR CC-PAPAUX VAN DELDEN, art. 97a N 5a; PETRY, p. 164 s.; FANKHAUSER/WÜSCHER, p. 753; GEISER, p. 829.

254 PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 II, p. 597. Sur la reconnaissance en Suisse d'un mariage conclu à l'étranger avec une personne mineure et des propositions de modifications législatives: RANDIER, N 26 ss.

255 PAPAUX VAN DELDEN, Jusletter 2007, N 4.

aa. Enseignements tirés des art. 12 et 8 CEDH

Dans l'ACEDH *O'Donoghue c. Royaume-Uni* du 14 décembre 2010, la CourEDH a clairement établi qu'un Etat contractant peut légitimement subordonner le droit d'un étranger de se marier à des conditions raisonnables en vue d'empêcher les mariages de complaisance, contractés dans le seul but d'obtenir un avantage au regard des lois sur l'immigration²⁵⁶. Une restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale, outrepassé toutefois une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle²⁵⁷. Les lois nationales ne peuvent priver une personne ou une catégorie de personnes jouissant de la capacité juridique d'exercer le droit au mariage avec le ou la partenaire de leur choix²⁵⁸. La jurisprudence de Strasbourg établit ainsi que l'art. 12 CEDH peut être invoqué par des étrangers qui résident illégalement dans un Etat membre et que la possibilité de se marier à l'étranger ne suffit pas à satisfaire aux exigences de cette disposition²⁵⁹.

Quant à l'art. 8 § 1 CEDH, le droit au respect de la vie privée et familiale permet à un célibataire étranger de déduire un droit à une autorisation de séjour en présence d'indices concrets d'un mariage sérieusement voulu et imminent avec une personne ayant le droit de résider durablement en Suisse²⁶⁰. Un tel droit n'existe donc pas en présence d'un mariage de complaisance.

bb. Obstacles en droit civil au mariage des étrangers

La modification de la loi sur les étrangers entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008 a entraîné celle du Code civil, en introduisant l'art. 97a al. 1 CC, selon lequel l'officier de l'état civil refuse son concours lorsque l'un des fiancés ne veut manifestement pas fonder une communauté conjugale mais éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers; l'officier de l'état civil entend les fiancés et peut requérir des renseignements auprès d'autres autorités ou tiers (art. 97a al. 2 CC)²⁶¹. Cet article a pour but de concrétiser le principe déjà développé par la jurisprudence du TF selon lequel les mariages de complaisance

256 ACEDH, *O'Donoghue c. Royaume-Uni* du 14 décembre 2010, n° 34848/07, Recueil 2010-VI, § 82 ss, 87 s., la loi britannique sur l'immigration destinée à empêcher les mariages blancs est toutefois jugée discriminatoire et attentatoire au droit au mariage. Voir également: ACEDH, *Frasik c. Pologne* du 5 janvier 2010, n° 22933/02, Recueil 2010-I, § 89.

257 ACEDH, *O'Donoghue c. Royaume-Uni* du 14 décembre 2010, n° 34848/07, Recueil 2010-VI, § 89. Déjà: ComEDH [déc.], *Klip et Krüger c. Pays-Bas* du 3 décembre 1997, n° 33257/96, D.R. 91-B, p. 66 ss, 72 s.; ComEDH [déc.], *Sanders c. France* du 16 octobre 1996, n° 31401/96, D.R. 87-A, p. 160 ss, § 1. ComPra-BURGAT/MATTHEY, art. 98 CC N 29.

258 ACEDH, *Frasik c. Pologne* du 5 janvier 2010, n° 22933/02, Recueil 2010-I, § 89 et réf.

259 CR CC-PAPPAUX VAN DELDEN, art. 98 N 19; MEIER/CARANDO, N 5.

260 ATF 137 I 351, c. 3.2; TF, 2C_295/2017 du 27 mars 2017, c. 5.1. CR CC-PAPPAUX VAN DELDEN, art. 97a N 2a.

261 Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 5437; FF 2002 3469).

ayant pour seul but d'éluder les dispositions sur la police des étrangers constituent des abus de droit²⁶².

Selon le TF, l'art. 97a CC respecte le droit de se marier au sens de l'art. 12 CEDH, étant donné qu'il protège le mariage comme véritable but de la demande des fiancés et ne lèse pas l'essence même de ce droit fondamental dans la mesure où il cherche uniquement à en empêcher un exercice abusif²⁶³. A notre sens, une telle limitation au mariage reste discutable à la lumière des art. 8, 12 et 14 CEDH²⁶⁴. Il est difficile de prouver que l'intention de se marier est fondée exclusivement sur des raisons de police des étrangers et l'autorité est amenée à se baser uniquement sur des indices. Or, l'intérêt public visant à combattre les mariages de complaisance ne l'emporte sur l'intérêt privé des futurs époux que si aucun doute ne subsiste sur leur volonté réelle de contourner les dispositions sur l'admission des étrangers²⁶⁵. Le pouvoir d'examen de l'officier de l'état civil est au demeurant notablement plus restreint que celui des autorités migratoires ou du juge saisi d'une action en annulation du mariage²⁶⁶. A défaut d'abus manifeste, le refus de célébrer le mariage ne respecte pas le principe de la proportionnalité tout en ne répondant pas à un objectif d'intérêt public et viole en conséquence le droit au mariage des fiancés garanti par l'art. 12 CEDH²⁶⁷.

Au 1^{er} janvier 2011, sont encore entrés en vigueur l'art. 98 al. 4 CC, selon lequel les fiancés qui ne sont pas citoyens suisses doivent établir la légalité de leur séjour en Suisse au cours de la procédure préparatoire, ainsi que l'art. 99 al. 4 CC autorisant l'office de l'état civil à communiquer à l'autorité compétente l'identité des fiancés qui n'ont pas établi la légalité de leur séjour en Suisse²⁶⁸. Ces dispositions ont pour but de combattre les mariages de complaisance et de coordonner les décisions de la police des étrangers ainsi que celles de l'officier de l'état civil; elles ont fait l'objet de nombreuses critiques en doctrine²⁶⁹.

L'art. 98 al. 4 CC établit une présomption irréfragable de mariage fictif liée à l'absence d'un titre de séjour valable en Suisse²⁷⁰. Toute une catégorie de per-

262 FANKHAUSER/WÜSCHER, p. 756; CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 97a N 1 s.

263 TF, 5A_347/2013 du 22 août 2013, c. 4.1; TF, 5A_901/2012 du 23 janvier 2013, c. 3.1.

264 CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 97a N 2 et FamPra.ch 2011 II, p. 599.

265 PETRY, p. 170 en conclut que l'art. 97a CC est contraire au droit au mariage.

266 CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 97a N 3.

267 UEBERSAX, p. 26, dans ce sens sous l'ancien droit, lorsque le refus de célébrer le mariage était fondé sur l'abus de droit.

268 Loi fédérale du 12 juin 2009 (Empêcher les mariages en cas de séjour irrégulier), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011 (RO 2010 3057; FF 2008 2247 2261). La même règle pour les partenaires enregistrés est également entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 5 al. 4 LPart) et l'analyse faite sous l'angle de l'art. 12 CEDH pour les époux peut être soutenue sur la base du droit au respect de la vie privée selon l'art. 8 CEDH, cf. MEIER/CARANDO, N 47.

269 FANKHAUSER/WÜSCHER, p. 750 s.; MEIER/CARANDO; MÜLLER, p. 15; NEVES, p. 789 s.; PAPAU VAN DELDEN, Jusletter 2007 et FamPra.ch 2011 II, p. 597 ss; CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 97a N 2, et art. 98 N 19 et 19b.

270 PAPAU VAN DELDEN, Jusletter 2007, N 3.

sonnes étant ainsi privée de l'exercice du droit au mariage, la conventionnalité d'un empêchement définitif au mariage au regard des art. 8, 12 et 14 CEDH interroge, en particulier à la lumière de l'ACEDH O'Donoghue c. Royaume-Uni du 14 décembre 2010 selon lequel le droit fondamental de se marier ne peut être limité par des mesures générales, automatiques et indifférenciées²⁷¹. La Suisse a de surcroît déjà été condamnée pour avoir prévu dans le Code civil un empêchement de nature seulement temporaire au remariage²⁷².

L'interprétation prétorienne était très attendue. Dans la première affaire qui lui a été soumise, la II^e Cour de droit public du TF a constaté que l'art. 98 al. 4 CC n'offre aucune marge de manœuvre à l'officier de l'état civil; les autorités de police des étrangers doivent néanmoins, selon une interprétation conforme du Code civil à la CEDH, délivrer une autorisation de séjour provisoire en vue du mariage lorsqu'il n'y a pas d'indice que le fiancé étranger entende invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial et qu'il apparaît clairement que l'intéressé remplira les conditions d'une admission en Suisse après son union, le TF invitant les autorités à «faire preuve de discernement»²⁷³. Par le biais d'une interprétation conforme, le TF évite la non-applicabilité de la disposition de droit civil. Cette conclusion a été confirmée dans un second arrêt rendu quelques mois seulement après le précédent par la II^e Cour de droit civil, dans le cadre d'un recours contre un arrêt du 30 septembre 2011 du Tribunal cantonal vaudois, selon lequel l'art. 98 al. 4 CC violait l'art. 12 CEDH et partant était inapplicable²⁷⁴. Le TF ajoute une précision sur la répartition des compétences respectives des autorités de police des étrangers et de l'officier de l'état civil; si l'autorité de police n'a pas été saisie préalablement, l'art. 98 al. 4 CC ne permettant pas à l'officier de l'état civil de statuer préjudiciellement sur la légalité du séjour, celui-ci doit fixer au fiancé étranger un délai suffisant, arrêté à 60 jours, pour saisir l'autorité compétente et produire l'attestation de la légalité de son séjour en Suisse, ce au nom du respect du principe de la proportionnalité et de l'interdiction de tout formalisme excessif²⁷⁵. Par ce biais est décrétée une nouvelle condition au mariage.

Le raisonnement du TF aujourd'hui bien établi reste discutable. Il est douteux que l'existence d'abus, même manifestes, lesquels ne sont de surcroît pas limités aux étrangers en situation irrégulière, justifie cette restriction au droit de

271 CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 97a N2, Osmose, p. 73 et Jusletter 2007, N1; MEIER/CARANDO, N9 et N26 ss en détail sur l'ACEDH, O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni, n° 34848/07, N41 ss sur ses conséquences pour le droit suisse et N48 soutenant que l'art. 98 al. 4 CC devrait rester lettre morte. Cf. *supra* D.I.2.b/aa. Dénonçant l'inconstitutionnalité du refus de marier les fiancés: SANDOZ, REC 2000, p. 416.

272 ACEDH, F. c. Suisse du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128. PAPAU VAN DELDEN, Jusletter 2007, N4. Cf. *supra* D.I.1.

273 ATF 137 I 351, c. 3.7. CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 98 N 19a; NEVES, p. 787 ss.

274 Arrêt TC Vaud du 30 septembre 2011, GE. 2011.0082, FamPra.ch 2012, p. 149. NEVES, p. 785 ss.

275 ATF 138 I 41, c. 5. CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 98 N 19b.

se marier, ce d'autant que la préoccupation d'éviter de tels abus risque de l'emporter sur la volonté de préserver les droits des personnes concernées. De surcroît, sauf à obtenir un visa pour venir se marier en Suisse, étant précisé qu'il n'y a pas de droit à l'obtention d'un tel visa ou d'une autorisation de courte durée si la procédure préparatoire du mariage n'est pas achevée dans les trois mois (art. 100 CC), les ressortissants suisses qui veulent épouser un étranger non européen sans autorisation de séjour devront se marier à l'étranger, ce qui porte une atteinte directe à leurs droits fondamentaux²⁷⁶. La conventionnalité (art. 8, 12 et 14 CEDH) de cette nouvelle condition posée à l'accès au mariage ne nous paraît pas remplie, instaurant une présomption quasi irréfragable de mariage fictif pour une catégorie de personnes²⁷⁷. La marge de manœuvre donnée à l'autorité de police des étrangers est importante, au point de lui concéder la compétence de déterminer si un étranger a le droit ou non de se marier, ainsi que le but du mariage, alors que le législateur a attribué cette compétence à l'officier de l'état civil (art. 97a al. 1 CC)²⁷⁸. La présomption de mariages fictifs revient à créer deux catégories d'étrangers face au mariage; en doctrine, il est soutenu que seule la voie de l'enquête en cas de soupçons manifestes telle qu'elle est prévue à l'art. 97a al. 2 CC permet de se conformer à la jurisprudence de Strasbourg²⁷⁹.

L'obligation d'annonce aux autorités compétentes en matière de police des étrangers prévue à l'art. 99 al. 4 CC est également problématique, car la peur de la dénonciation et de ses potentielles conséquences sont autant d'obstacles au mariage des personnes sans séjour légal en Suisse²⁸⁰. Si la CourEDH admet que les fiancés puissent avoir à établir leur situation sous l'angle du droit des étrangers, elle ne dit rien quant à une obligation de dénoncer aux autorités administratives, qui pourrait entraîner une expulsion alors même que la volonté de se marier est sincère²⁸¹. Il faut à notre sens en conclure que les art. 98 al. 4 et 99 al. 4 CC ne respectent pas le droit de se marier garanti par l'art. 12 CEDH²⁸².

II. Droit de la filiation

La filiation au sens juridique du terme est le lien entre un enfant et ses parents tel qu'il est établi par le Code civil, fondé en grande partie sur la prémisses selon laquelle les père et mère désignés par le droit sont les parents génétiques de

276 Dans ce sens également: MEIER/CARANDO, N 21; SPESCHA, p. 119 s., il s'agit d'un obstacle important au mariage en raison du temps et des coûts engendrés.

277 PAPAUX VAN DELDEN, Mariages fictifs, N 3 s. Dans ce sens également: GEISER, p. 831 N 28. MEIER/CARANDO, N 16 ss sur les critiques politiques et doctrinales.

278 MATTHEY, p. 4; NEVES, p. 789.

279 MEIER/CARANDO, N 45.

280 CR CC-PAPAUX VAN DELDEN, art. 99 N 24.

281 MEIER/CARANDO, N 46.

282 Dans ce sens en tous cas pour l'art. 98 al. 4 CC: MEIER/CARANDO, N 48; NEVES, p. 790.

l'enfant. Le droit de l'établissement et de la contestation de la filiation date encore en grande partie des années 70, l'impulsion de changement prenant sa source à la fin des années 50; si les réformes n'ont pas encore atteint cette matière, la révision est en cours. Le Conseil fédéral a en effet nommé un groupe d'expert.e.s, qui a rendu ses conclusions en juin 2021, afin de proposer une modification de cette partie du droit de la famille²⁸³.

L'influence de la jurisprudence de la CourEDH sur le droit de la filiation a été significative, en particulier sur la base de l'art. 14 en lien avec l'art. 8 CEDH, dans les domaines de l'établissement de la filiation, de l'adoption, de l'autorité parentale et également du droit à la connaissance des origines²⁸⁴. L'interdiction de la discrimination et le droit au respect de la vie familiale ont ainsi été les principes directeurs de plusieurs réformes du droit de la filiation au cours des dernières décennies dans le but d'améliorer le statut des enfants²⁸⁵. La réforme du droit de la filiation, entrée en vigueur en 1978, a ainsi supprimé les règles de la version initiale du Code civil, lesquelles différaient en matière d'établissement et des effets de la filiation en fonction du caractère légitime ou illégitime de la filiation de l'enfant²⁸⁶. Pour que le principe de l'autorité parentale conjointe s'étende également aux enfants de parents non mariés, il faudra néanmoins attendre 2014²⁸⁷. A suivi, en 2017, l'introduction de la contribution de prise en charge (art. 276 al. 2 et art. 285 al. 2 CC) afin de remédier aux désavantages subis par les enfants de parents non mariés en matière d'entretien²⁸⁸. La Suisse a pour la première fois reconnu la possibilité pour l'enfant d'établir un lien de filiation avec deux parents de même sexe en permettant l'adoption de l'enfant du ou de la partenaire de fait lors de la révision du droit de l'adoption entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018²⁸⁹. Avec l'ouverture du mariage aux couples de même sexe dès le 1^{er} juillet 2022, la loi consacrera la présomption de «parentalité» pour l'épouse de la mère de l'enfant conçu suite à un don de sperme en Suisse (art. 255a CC)²⁹⁰.

283 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Etablissement de la filiation; JUNGO *et al.*, Recommandations 2021. Voir également: JUNGO *et al.*, Rapport 2021, N 18 et N 91 sur la filiation comme construction sociale, N 34 sur le lien étroit entre parenté et mariage; sur l'aspect par essence politique de la filiation: MESNIL, N 12.

284 COTTIER/WYTTEBACH, p. 75 ss; PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 1 ss.

285 CONSEIL FÉDÉRAL, Modernisation, p. 32 ss; Message Autorité parentale, p. 8325; Message Entretien de l'enfant, p. 533 ss; Message Adoption, p. 865 s. CREVOISIER, p. 156 ss et 311 ss.

286 Modification du 25 juin 1976, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1978 (RO 1977 237; FF 1974 II 1 ss). Cf. Code civil suisse du 10 décembre 1907 (FF 1904 IV 1, FF 1907 VI 402).

287 CONSEIL FÉDÉRAL, Message Autorité parentale, p. 8315 ss. Cf. *infra* D.II.6.a.

288 Loi fédérale du 20 mars 2015 (Entretien de l'enfant), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017 (RO 2015 4299; FF 2014 511). L'égalité recherchée n'est que partiellement atteinte, compte tenu de l'interprétation retenue par le TF, qui limite la contribution de prise en charge à la couverture des frais de subsistance, cf. ATF 144 III 377, c. 7, SJ 2018 I 467; COTTIER, Impulsions, p. 162.

289 Loi fédérale du 17 juin 2016 (Droit de l'adoption), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018 (RO 2017 3699; FF 2015 835). Cf. *infra* D.II.4.b.

290 FF 2020 9607, Code civil (Mariage pour tous): Modification du 18 décembre 2020. Cf. *infra* D.II.2.a et 5.a. Sur le terme «parentalité» qui correspond à celui de «parenté» dans la doctrine juridique francophone, voir: JUNGO *et al.*, Recommandations 2021, p. 4, note 1.

Si ces progrès indéniables vers un droit de la filiation respectant les droits fondamentaux des enfants quelle que soit leur constellation familiale suffisent à réaliser pleinement le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH, cumulé le cas échéant au principe de non-discrimination (art. 14 CEDH), étant rappelé que l'Etat doit se garder de toute discrimination fondée sur la naissance, est une question qui mérite encore d'être examinée²⁹¹.

1. *Filiation biologique*

La place à accorder à la filiation biologique (non juridique) se pose à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg, qui a reconnu au critère biologique un rôle de plus en plus important, en lien avec l'essor pris par le droit à la connaissance des origines, déduit du droit à l'identité, partie intégrante de la notion de vie privée au sens de l'art. 8 CEDH²⁹². Celui-ci sépare la fonction identitaire des autres fonctions de la filiation, ce qu'illustre l'arrêt jugé révolutionnaire du TF, qui a créé une action *sui generis* en recherche des origines, fondée directement sur l'art. 28 CC, dont le but exclusif est de connaître l'identité du parent biologique²⁹³. Cette action a permis à l'enfant majeur né dans le mariage de rechercher ses origines, sans que la fiction juridique de la paternité du mari ne soit écartée. Le droit à la connaissance des origines est indépendant du droit d'être élevé par son parent biologique, comme de celui d'établir la filiation juridique avec le père biologique. L'intérêt de l'enfant ne diffère pas en fonction du mode de sa conception ou de l'état civil de ses parents; si l'enfant adopté (art. 268c CC) ou issu d'une insémination hétérologue (art. 27 LPMA) s'adresse à l'Etat pour avoir accès aux données concernant son identité, l'enfant conçu naturellement fait valoir son droit à l'encontre de personnes privées, ce qui illustre l'effet horizontal des droits fondamentaux et soulève des problèmes d'accès aux informations détenues en mains privées. Dans le cadre de l'action *sui generis*, l'art. 296 al. 2 CPC, appliqué par analogie, permet d'exiger des parties et des tiers qu'ils se prêtent aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation, sous réserve d'une pesée des intérêts étant donné que l'action est fondée sur l'art. 28 CC²⁹⁴. Le droit reconnu à la connaissance des origines est partant relatif, ce qui est conforme à la pesée

291 ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 41. Cf. *supra* C. III.2.a. En faveur de réformes nécessaires du point de vue de la protection contre la discrimination: COTTIER, *Impulsions*, p. 180.

292 ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X, § 37; ACEDH [GC], Odièvre c. France du 13 février 2003, n° 42326/98, Recueil 2003-III, § 29. Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 8 N 24. Cf. *supra* C.I.3.b.

293 ATF 134 III 241, JdT2009 I 411. En détail sur cette action *sui generis*: PAPAUX VAN DELDEN, *Facettes*, p. 122 ss.

294 PAPAUX VAN DELDEN, *Facettes*, p. 125, sur l'application à l'action *sui generis* en recherche des origines des règles des actions d'état de droit de la filiation, à l'exception de celles relatives au délai.

des intérêts exigée par l'art. 8 § 2 CEDH²⁹⁵; le droit absolu accordé à l'enfant majeur adopté ou né d'une insémination hétérologue va plus loin que les exigences conventionnelles. L'action *sui generis* rend effectif le droit de connaître ses origines, issu du droit au respect de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH, indépendamment de la prescription de l'action d'état de la filiation²⁹⁶.

L'art. 8 CEDH a également permis à la CourEDH d'être réceptive aux revendications du père biologique aux fins d'avoir des contacts avec son enfant naturel, auxquels les parents juridiques faisaient opposition²⁹⁷. La protection du foyer familial et de la stabilité psychologique de l'enfant joue un rôle important et peut le cas échéant faire obstacle aux demandes du parent biologique, en particulier putatif²⁹⁸.

Le droit civil doit en conséquence prévoir la possibilité pour une autorité d'examiner si un droit de visite du père biologique, confirmé ou putatif, est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. L'art. 274a CC permet dans des circonstances exceptionnelles l'octroi d'un droit de visite à un tiers. La jurisprudence s'est montrée restrictive et privilégie l'intérêt déterminant de l'enfant, à l'exclusion de celui de la personne qui sollicite le droit aux relations personnelles, celles-ci devant servir positivement le bien de l'enfant, et non simplement ne pas lui porter préjudice²⁹⁹. Si cette approche paraît en harmonie avec celle de la CourEDH dans la mesure où elle met en évidence l'intérêt de l'enfant, les autorités d'application du droit sont néanmoins appelées en pratique à favoriser les droits du parent naturel. En effet, la relation du père biologique avec son enfant, sous réserve d'un désintéret total ou d'être le donneur de sperme dépourvu de projet parental, est protégée par la vie familiale selon l'art. 8 CEDH, disposition qui vise à garantir le droit de visite, la protection contre les expulsions liées au droit des étrangers et le droit à l'information du père naturel³⁰⁰. Le TF n'a pas eu l'occasion à notre connaissance de se prononcer sur le droit de visite du père biologique. Un arrêt retient toutefois l'attention, étant donné qu'il accorde un droit aux relations personnelles au parent social suite à la dissolution du partenariat enregistré³⁰¹. La relation avec l'enfant issu d'un projet parental commun

295 ACEDH, Godelli c. Italie du 25 septembre 2012, n° 33783/09; ACEDH [GC], Odièvre c. France du 13 février 2003, n° 42326/98, Recueil 2003-III, § 29. Cf. *infra* D.II.2.c/bb.

296 Voir également: CACI 30 avril 2014/216, JdT 2014 III 129, mesure provisionnelle admise, visant l'obtention par l'enfant d'un prélèvement ADN sur la dépouille de son père biologique, sur la combinaison des art. 28 CC et 8 CEDH.

297 ACEDH, Anayo c. Allemagne du 21 décembre 2010, n° 20578/07. Cf. *supra* C.I.3.a.

298 ACEDH, Fröhlich c. Allemagne du 26 juillet 2018, n° 16112/15, non-violation de l'art. 8 CEDH dans le refus d'accorder au père biologique potentiel un droit de visite ou d'information; ACEDH, Schneider c. Allemagne du 15 septembre 2011, n° 17080/07, § 104, violation de l'art. 8 § 2 CEDH.

299 ATF 129 III 689, c. 3.1, JdT 2004 I 264; TF, 5A_831/2008 du 16 février 2009, c. 3.2.

300 REUSSER/SCHWEIZER, p. 613. Cf. *supra* C.I.3.a.

301 ATF 147 III 209, c. 5.2. Voir également: TF, 5A_520/2021 du 12 janvier 2022, c. 5.

à deux femmes est reconnue, alors même qu'il n'y a pas de lien biologique avec l'enfant, en harmonie avec la jurisprudence de Strasbourg³⁰².

Récemment, la CourEDH a d'ailleurs relativisé l'importance du lien biologique et a définitivement assuré la primauté du bien de l'enfant: le refus des juridictions internes d'établir juridiquement la paternité du requérant à l'égard de son fils biologique, né d'une gestation pour autrui pratiquée (GPA) en France, après que l'enfant fut confié par la mère porteuse à un couple tiers, a respecté l'intérêt supérieur de l'enfant³⁰³.

2. *Etablissement de la filiation hors adoption*

a. *Etablissement de la filiation maternelle*

Le droit suisse consacre le principe *mater semper certa est* (art. 252 al. 1 CC). Le lien de filiation maternelle est établi par la naissance et ne peut être détruit que par l'adoption. La présomption de maternité est élevée au rang de fiction, car il n'existe pas d'action en contestation du lien de filiation maternelle. Le fait que la mère biologique, qui porte l'enfant, puisse ne pas être la mère génétique, donneuse de l'ovule ou de l'embryon, n'appelle pas à revoir ces principes; ceux-ci garantissent l'intérêt de l'enfant en lui accordant dès la naissance au moins un parent et répondent à l'intérêt public³⁰⁴. Il faut néanmoins s'affranchir d'une approche trop rigide de ce principe, lorsqu'il est question de reconnaître un lien de filiation valablement créé à l'étranger entre un enfant né d'une GPA et ses parents d'intention³⁰⁵. Le lien de filiation maternelle ne dépend pas de l'état civil de la mère qui accouche en Suisse et la protection juridique ainsi accordée par le Code civil rend possi-

302 ACEDH, Callamand c. France du 7 avril 2022, n°2338/20, violation de l'art. 8 CEDH compte tenu du rejet de la demande d'obtenir un droit de visite et d'hébergement de l'enfant de son ancienne conjointe; ACEDH, Honner c. France du 12 novembre 2020, n° 19511/16, non-violation de l'art. 8 CEDH malgré le refus d'accorder à la requérante un droit de visite à l'égard de l'enfant de son ex-compagne né par PMA, en raison des relations particulièrement conflictuelles entre les deux femmes, plaçant l'enfant dans une situation traumatisante et culpabilisante.

303 ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 56 ss, violation toutefois de l'art. 8 CEDH en raison du manquement de l'Etat défendeur au devoir de diligence exceptionnelle qui s'imposait à lui au titre de ses obligations procédurales, cf. § 73. Sur l'importance du lien biologique en matière de GPA, cf. *infra* D.II.5.b.

304 JUNGO *et al.*, Recommandations 2021, p. 2. Sur cette vision naturaliste de la filiation maternelle: MESNIL, N 233. Sur l'action en constatation de maternité, cf. *infra* D.II.c/bb.

305 Pour une approche trop stricte à notre sens de ce principe: TF, 5A_545/2020 du 7 février 2022, destiné à la publication, la mère porteuse géorgienne est inscrite comme mère légale en Suisse et non la mère d'intention, de surcroît mère génétique des jumeaux, la particularité étant aussi que la filiation avec les parents d'intention a été établie par effet de la loi géorgienne dans un acte de naissance, sans décision judiciaire. Critiques: ANTHONIOZ, N 52 ss, et N 79 proposant de désacraliser le principe *mater semper certa est*; BUCHER, Jusletter 2022, N 7 ss; voir également: PAPAUX VAN DELDEN, Mère, p. 97 et note 47. Cf. *infra* D.II.5.b.

ble dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille, comme l'exige l'art. 8 CEDH³⁰⁶.

L'ouverture du mariage et l'accès au don de sperme pour les couples de femmes mariées permettront que le lien de filiation entre l'enfant et l'épouse de la mère qui accouche soit établi dès la naissance (art. 255a CC)³⁰⁷. Ce faisant, le législateur, en 2022, introduit à nouveau des différences entre les enfants selon le statut, l'orientation sexuelle et le sexe des parents, étant donné qu'en dehors du mariage, la possibilité d'établir le lien de filiation avec deux mères dès la naissance n'est pas reconnue³⁰⁸. Le législateur n'a en conséquence pas agi de manière à accorder une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Les privilèges liés au statut matrimonial lorsqu'ils concernent les enfants sont toujours problématiques au prisme du principe de l'égalité des filiations.

b. Etablissement de la filiation paternelle

L'établissement du lien de filiation paternelle est au contraire dépendant de l'état civil du père. Automatique en faveur du mari de la mère pour l'enfant né dans le mariage (art. 255 CC), le père non marié doit reconnaître l'enfant (art. 252 al. 2 et art. 260 CC). Cette différence de traitement, fondée sur l'institution matrimoniale, ne paraît pas heurter la CEDH. En revanche, est problématique le caractère strictement personnel absolu du droit de reconnaître l'enfant au sens de l'art. 19c al. 2 CC, qui ne souffre pas la représentation légale et ne se transmet pas à cause de mort³⁰⁹. En effet, si le père est mineur ou sous curatelle de portée générale, il doit obtenir le consentement de son représentant légal, selon l'art. 260 al. 2 CC. Or, si le père est incapable de discernement, ou si les représentants légaux du père mineur refusent leur consentement, la voie de la reconnaissance est fermée. La filiation ne peut alors être établie que par le biais d'une action intentée par la mère et/ou l'enfant (art. 261 al. 1 CC) à l'encontre du père dans le cadre duquel celui-ci, s'il est incapable de discernement, sera représenté. Or, selon la CourEDH, l'impossibilité pour un homme privé de sa capacité juridique de reconnaître sa paternité, la seule option étant une action en constatation de paternité à son encontre, ne respecte pas l'art. 8 CEDH³¹⁰. La qualité pour agir à l'action en paternité, en sus de la mère et de l'enfant, doit à notre sens être admise sur la base de l'art. 8 CEDH, comblant ici une lacune du droit civil.

306 ACEDH, Pini et autres c. Roumanie du 22 juin 2004, nos 78028/01 et 78030/01, Recueil 2004-IV, § 150 s.; ACEDH, Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, n° 16969/90, Série A-290, § 50; ACEDH, Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, n° 18535/91, Série A 297-C, § 32; ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 31. Cf. *supra* C.1.3.a.

307 Sur cette nouvelle disposition: COTTIER, *Filiation*, p. 383 ss; GAY; LÖTSCHER, p. 656 ss.

308 COTTIER, *Impulsions*, p. 183. Cf. en détail *infra* D.II.5.a.

309 MEIER/STETTLER, N 124.

310 ACEDH, Krušković c. Croatie du 21 juin 2011, n° 46185/08.

La filiation paternelle peut devoir être établie par jugement (art. 252 al. 2 *in fine* et art. 261 ss CC), le cas échéant après l'expiration du délai lorsque de justes motifs rendent le retard excusable (art. 263 al. 3 CC). Si la jurisprudence exige en principe que l'enfant et/ou la mère (art. 261 al. 1 CC) agissent avec toute la célérité requise, soit dans le mois suivant la découverte du juste motif, elle sait aussi faire preuve de souplesse; ainsi, l'apparente inaction pendant plus de trois mois du demandeur doit être appréciée au regard des circonstances particulières du cas d'espèce, une dizaine d'années ayant été nécessaire au recourant pour obtenir – au terme d'un long et difficile parcours judiciaire – le droit de faire exhumer le corps de son père présumé et d'obtenir la mise en œuvre d'une analyse génétique³¹¹. L'absence d'un délai absolu et rigide pour intenter l'action est conforme à la jurisprudence de la CourEDH, qui exige l'examen de l'ensemble des intérêts concurrents en présence³¹². Si toute procédure relative à la paternité tombe sous l'empire de l'art. 8 CEDH, l'intérêt vital de découvrir la vérité sur son ascendance ne dispense toutefois pas de se conformer aux conditions prévues par le droit interne en la matière et de faire preuve de diligence afin que les juridictions internes puissent procéder à une juste appréciation des intérêts; les juridictions suisses n'ont ainsi pas failli à leur obligation de ménager un juste équilibre entre les intérêts en jeu dans le rejet d'une action en paternité, introduite après l'expiration du délai de prescription sans motif valable, l'inactivité de la requérante pendant 31 ans étant reconnue comme injustifiée³¹³. La requérante n'avait pourtant appris qu'après le décès de son père que celui-ci n'était pas inscrit comme tel au registre de l'état civil, ayant d'ailleurs été appelée par l'autorité à l'ouverture du testament en pensant qu'elle était une des filles légitimes³¹⁴. L'obstacle à l'établissement de la paternité permet d'évincer l'enfant «illégitime» de ses droits de propriété, ce qui est difficile à justifier sous l'angle de la jurisprudence de la CourEDH quant à l'importance de l'égalité de traitement entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage; l'opinion dissidente convainc³¹⁵.

311 TF, 5A_518/2011 du 22 novembre 2012, c. 4.1, SJ 2013 I 505, suite de l'ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X.

312 ACEDH, Çapın c. Turquie du 15 octobre 2019, n° 44690/09, § 53, dont les intérêts aussi du père putatif; ACEDH, Laasko c. Finlande du 15 janvier 2013, n° 7361/05, § 53 et 55, violation de l'essence même de l'art. 8 CEDH par l'application d'un délai rigide pour l'exercice de l'action en recherche de paternité; ACEDH, Grönmark c. Finlande du 6 juillet 2010, n° 17038/04, § 47 ss, et ACEDH, Backlund c. Finlande du 6 juillet 2010, n° 36498/05, § 45 ss, violation de l'art. 8 CEDH pour une réglementation nationale rigide, cf. § 55 ss; ACEDH, Phinikaridou c. Chypre du 20 décembre 2007, n° 23890/02, § 62 s.

313 ACEDH, Lavanchy c. Suisse du 19 octobre 2021, n° 69997/17, § 30 et 34, non-violation de l'art. 8 CEDH à la majorité de 5 voix contre 2. Sur la restitution des délais en matière de contestation de la filiation: *infra* D.II.3.b.

314 Cf. TF, 5A_423/2016 du 7 mars 2017, c. 4 et 5.1.

315 ACEDH, Lavanchy c. Suisse du 19 octobre 2021, n° 69997/17, opinion dissidente commune aux juges DEDOV et ELÓSEGUI, § 5 s.; ACEDH [GC], Fabris c. France du 7 février 2013, n° 16574/08, Recueil 2013-I, § 58 s. Cf. *supra* C.III.2.a.

La CourEDH n'impose pas le recours à la force publique pour contraindre un tiers à une expertise ADN, mais l'absence de toute mesure procédurale visant à contraindre le père supposé n'est conforme au principe de proportionnalité que si des moyens alternatifs permettent à une autorité indépendante de déterminer rapidement la paternité³¹⁶. Dans la mesure où un commencement de preuve a été apporté, l'obligation de se soumettre à un test ADN dans le cadre d'une procédure en établissement de la paternité n'entraîne pas la violation de l'art. 8 CEDH³¹⁷. L'obligation de se prêter à l'expertise découle des art. 160 al. 1 let. c et 296 al. 2 CPC; l'ordre de s'y soumettre peut être donné sous la menace des peines de l'art. 292 CP, d'une amende d'ordre ou d'une mesure de contrainte, avec le recours possible à l'assistance de la police cantonale (art. 343 al. 3 CPC)³¹⁸. A défaut, il faut admettre que le refus de collaborer d'une partie est une reconnaissance implicite de sa paternité (cf. art. 164 et 296 CPC), en conformité avec la jurisprudence de Strasbourg³¹⁹. La CourEDH admet en effet qu'il est conforme à l'art. 8 CEDH de prononcer la paternité alors que le père présumé a refusé de se soumettre aux expertises ordonnées, ce d'autant que l'autorité se fonde sur d'autres motifs, à l'instar de documents et témoignages³²⁰.

c. *Cas particuliers*

aa. *Enfant mort-né*

Pendant la grossesse, le lien de filiation maternelle existe de manière conditionnelle dès la conception selon l'art. 31 al. 2 CC³²¹. Le Code civil ne détermine pas le point de départ de la vie, question qui a été laissée ouverte par la CourEDH au regard de la large marge d'appréciation reconnue aux Etats sur ce point³²².

La CourEDH reconnaît le droit de la mère d'obtenir un statut juridique pour son enfant mort-né fondé sur l'art. 8 CEDH, accordant le droit de lui donner une sépulture, un nom et une filiation³²³; la «personnalité posthume» de l'enfant mort-né, protégée par le biais de la personnalité affective des parents, a ainsi des implications en droit de la filiation, soutenues par la jurisprudence

316 ACEDH, Jevremović c. Serbie du 17 juillet 2007, n° 3150/05, § 108.

317 ACEDH, Mifsud c. Malte du 29 janvier 2019, n° 62257/15, § 73. MEIER/STETTLER, N 470 et note 1141.

318 CR CPC-JEANDIN, art. 296 N 12 et 12a; MEIER/STETTLER, N 238; REICHENBACH, p. 869.

319 ACEDH, Pascaud c. France du 16 juin 2011, n° 19535/08, § 62 s.; ACEDH, Mikulić c. Croatie du 7 février 2002, n° 53176/99, Recueil 2002-I, § 64.

320 CourEDH [déc.], Canonne c. France du 2 juin 2015, n° 22037/13. Voir également: ACEDH, Mikulić c. Croatie du 7 février 2002, n° 53176/99, Recueil 2002-I.

321 MEIER/STETTLER, N 56 et réf. note 113.

322 Sous l'angle de l'art. 2 CEDH: ACEDH Nedescu c. Roumanie du 16 janvier 2018, n° 70035/10, § 69; ACEDH [GC], Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, n° 6339/05, Recueil 2007-I, § 54 et 56; ACEDH [GC], Vo c. France du 8 juillet 2004, n° 53924/00, Recueil 2004-VIII, § 82 et 84.

323 ACEDH, Znamenskaya c. Russie du 2 juin 2005, n° 77785/01, § 27. MARGUÉNAUD/RÉMY-CORLAY, p. 737 s.; PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 114 ss sur l'examen d'une potentielle remise en cause des fondements de la personnalité juridique. Cf. *supra* C.1.3 *ab initio*.

strasbourgeoise. Bien que n'ayant jamais acquis la personnalité juridique, les liens de filiation de l'enfant mort-né doivent pouvoir être inscrits indépendamment de l'état civil des parents. Tel est le cas en droit suisse conformément à l'art. 9 al. 1 OEC, pour l'enfant qui ne manifeste aucun signe de vie à la naissance alors qu'il pèse au moins 500 grammes ou que la gestation a duré au moins 22 semaines entières (art. 9 al. 2 OEC); les parents peuvent décider de lui attribuer un nom et des prénoms (art. 9 al. 3 OEC). Depuis le 1^{er} janvier 2019, la venue au monde d'un enfant né sans vie, soit celui qui ne remplit pas les critères de l'enfant mort-né, peut être annoncée à l'office de l'état civil, lequel établit sur demande une confirmation (art. 9a OEC), sans enregistrement au registre de l'état civil. Le respect dû à la dépouille de l'enfant s'analyse également au regard de l'art. 8 CEDH et la Suisse a déjà été mise en cause devant la CourEDH pour violation de cette disposition suite à l'enterrement d'un enfant mort-né dans la fosse commune, après son transport au cimetière dans une camionnette de livraison ordinaire, sans le consentement de la mère ni sa présence³²⁴.

Une fois admis comme père d'un enfant mort-né, la question de la contestation du lien de filiation paternelle reste ouverte. A teneur de la jurisprudence de Strasbourg, il faut l'admettre sans formalisme. Il ne s'agit pas d'une remise en cause des fondements de la capacité civile, mais de la consécration de la protection des droits de la personnalité attachés à la sphère affective de la mère au regard de l'art. 8 CEDH³²⁵. Comme le droit suisse, la CourEDH ne reconnaît d'ailleurs pas la personnalité juridique *post mortem*³²⁶. La réalisation effective du droit au respect de la vie privée et familiale de la mère exige de s'émanciper des catégories juridiques traditionnelles liées à la capacité civile, l'enfant mort-né bénéficiant de la protection indirecte de sa personnalité par le biais des droits de sa mère, cette protection ayant été étendue en droit suisse à l'enfant né sans vie.

bb. Accouchement confidentiel et boîte à bébé

Si le droit suisse ne connaît pas l'accouchement sous X, et même l'interdit ce qui est à saluer, il consacre l'accouchement confidentiel, en permettant à l'autorité cantonale de surveillance de faire bloquer la divulgation des données personnelles, d'office ou sur demande, pour autant que la protection de la personne concernée l'exige ou que cela soit prévu par la loi, conformément l'art. 46 al. 1 let. a OEC³²⁷; le droit de l'enfant adopté d'obtenir les données relatives à

324 ACEDH, Hadri-Vionnet c. Suisse du 14 février 2008, n° 55525/00. Voir également: ACEDH, Marić c. Croatie du 12 juin 2014, n° 50132/12.

325 Cf. ACEDH, Znamenskaya c. Russie du 2 juin 2005, n° 77785/01, sur la violation de l'art. 8 CEDH pour avoir refusé de modifier le nom de l'enfant mort-né de manière à traduire l'existence du lien biologique paternel. PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 115. Voir également: MEIER, FamPra.ch 2012, p. 284, toutefois inquiet.

326 ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X, § 42.

327 Cf. Circulaire de l'OFEC n° 20.07.10.01 du 1^{er} octobre 2007. Voir également: Communication officielle n° 140.17 du 1^{er} novembre 2016 de l'OFEC. Sur la pratique dans plusieurs cantons:

l'identité de ses parents biologiques selon l'art. 268c CC est réservé (art. 46 al. 3 OEC). Le droit absolu de l'enfant majeur à connaître ses origines, indépendamment d'une pesée des intérêts, s'applique et doit par ailleurs s'étendre à l'enfant qui n'aurait pas été adopté³²⁸. Curieusement néanmoins, la base légale consacrant en droit suisse l'accouchement dans la discrétion est critiquable, dans la mesure où elle ne trouve pas de fondement dans le Code civil³²⁹. L'accouchement confidentiel est conforme aux exigences conventionnelles.

Toutefois, la Suisse connaît également les boîtes à bébé, lesquelles permettent de déposer l'enfant en sécurité de manière anonyme; la première a vu le jour en 2001 à l'hôpital d'Einsiedeln, à l'initiative d'une fondation caritative, et la huitième à Sion, première en Suisse romande, inaugurée par les autorités publiques. Une vingtaine d'enfants ont été déposés en Suisse depuis 2001³³⁰. Les fenêtres à bébé demeurent dans une zone grise sur le plan juridique; non réglementées par le Code civil, elles sont tolérées. Si la mère est identifiée ultérieurement, une action en constatation de la maternité s'impose dans la mesure où l'enfant n'a pas été adopté dans l'intervalle³³¹.

Cette pratique doit être analysée à la lumière du droit à la connaissance des origines déduit de l'art. 8 CEDH³³². L'enfant né sous X doit avoir accès à des informations non identifiantes sur ses origines, ce qu'autorise le droit français et a permis à la France d'échapper à une condamnation, non sans entraîner des critiques en doctrine³³³; l'arrêt a été rendu par 10 voix contre 7, ce qui relativise son crédit, ce d'autant que l'opinion dissidente commune a été très remarquée, arguant d'une violation du noyau dur de l'art. 8 CEDH³³⁴. L'approche réservée de la CourEDH surprend en effet en ce domaine, où la jurisprudence avait été courageuse, en particulier l'ACEDH Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, le recou-

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Mères en détresse, p. 15 ss, et p. 26 ss sur les mesures concrètes pour améliorer l'accouchement confidentiel en Suisse.

328 MEIER/STETTLER, N 512 *in fine*; PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 129. Sur la notion d'identité qui doit être comprise dans un sens large, lequel détermine l'ampleur et la nature des données transmises: KÖRBER/STEINER, p. 70 ss.

329 JUNGO *et al.*, Recommandations 2021, p. 3.

330 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Mères en détresse, p. 9 ss.

331 AEBI-MÜLLER, Jusletter 2005, N 44; MEIER/STETTLER, N 56 et 509.

332 ACEDH, Godelli c. Italie du 25 septembre 2012, n° 33783/09, § 65; ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X, § 37; ACEDH [GC], Odièvre c. France du 13 février 2003, n° 42326/98, Recueil 2003-III, § 29; ACEDH, Mikulić c. Croatie du 7 février 2002, n° 53176/99, Recueil 2002-I, § 53. Cf. *supra* C.1.3.b.

333 ACEDH [GC], Odièvre c. France du 13 février 2003, n° 42326/98, Recueil 2003-III, § 48 s. RIGAUX, p. 108 s.; PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 128 et réf. note 183. Favorable à l'introduction en droit suisse d'une solution inspirée du droit français: HADZIMANOVIC, p. 64 ss. CS-GONIN, art. 8 CEDH N 187 relève à juste titre qu'un Etat est en mesure, dans certaines constellations, de refuser de révéler la mère biologique d'une personne sans contrevenir à l'art. 8 CEDH.

334 ACEDH [GC], Odièvre c. France du 13 février 2003, n° 42326/98, Recueil 2003-III, Opinion dissidente commune, § 11. AEBI-MÜLLER, FamPra.ch 2007, p. 555; BONNET, ACEDH Odièvre, p. 414 ss; STEINER, p. 569 et réf. note 6, 576.

rant ayant obtenu l'exhumation de la dépouille de son père présumé pour réaliser un test ADN, environ 30 ans après le décès.

Il y a violation de l'art. 8 CEDH lorsque la législation d'un Etat donne plus de poids au droit de la mère à l'anonymat qu'au droit de l'enfant à connaître ses origines sans apprécier les intérêts en jeu. En laissant ouvrir des boîtes à bébé, qui mettent en péril le droit de l'enfant à connaître ses origines, l'Etat engage sa responsabilité au regard de la CEDH; *a fortiori*, lorsqu'il les inaugure! L'enfant n'aura pas accès à des données même non identifiantes et l'irréversibilité du secret est totale, contrairement aux principes posés par la jurisprudence de la CourEDH, pourtant jugée frileuse. Il s'agit d'une violation grave des droits de la personnalité de l'enfant, garantis tant par la CEDH que par le droit civil³³⁵. Les autorités suisses doivent prendre les mesures nécessaires au respect des droits fondamentaux de l'enfant en interdisant et en fermant ces fenêtres à bébé³³⁶.

cc. Cessation de la présomption de paternité

La lutte contre les mariages fictifs a entraîné le législateur à enfreindre l'interdiction de la discrimination de l'enfant en raison du statut juridique de ses parents. En exception au principe de la non-rétroactivité des effets de l'annulation du mariage (art. 109 al. 1 CC), l'art. 109 al. 3 CC fait en effet cesser la présomption de paternité du mari lorsque le mariage est annulé du fait qu'il a été contracté pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers; le législateur se fonde sur une présomption de fait d'absence de lien biologique³³⁷.

L'enfant est en conséquence privé de sa filiation paternelle en raison de la situation juridique et du comportement de ses parents, sans prendre en considération son intérêt supérieur³³⁸. L'art. 109 al. 3 CC ne respecte en conclusion pas l'art. 8 en lien avec l'art. 14 CEDH; il ne doit pas être appliqué.

3. Contestation de la filiation hors adoption

La contestation vise nécessairement le lien de filiation paternelle, la filiation maternelle établie par la naissance ne pouvant être remise en cause.

335 AEBI-MÜLLER, FamPra.ch 2007, p. 553 ss; MEIER/STETTLER, N 509 et note 1252 avec de plus amples réf.; PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 129 et réf. note 190; WIESNER-BERG, p. 535 et 539 s.

336 Dans ce sens: Recommandation du Comité des droits de l'enfant, 26 février 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4, § 35. *Contra*: CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Mères en détresse, p. 25, favorable à ne pas les faire entrer dans la loi tout en ne les interdisant pas.

337 CONSEIL FÉDÉRAL, Message LEtr, p. 3593. Critique: COTTIER, Impulsions, p. 182, la raison invoquée n'apparaissant pas suffisante pour justifier cette inégalité de traitement au détriment d'un groupe d'enfants, car elle est dépourvue de tout fondement empirique.

338 Egalement critiques: FANKHAUSER/WÜSCHER, p. 750 ss; PAPAUX VAN DELDEN, Jusletter 2007, N 2.

a. *Conditions pour agir en contestation de la filiation*

Que les conditions de la contestation de la paternité puissent différer pour l'homme et la femme ou pour l'enfant en fonction de l'état civil de ses parents est problématique au regard des art. 8, 12 et 14 CEDH.

Or, l'action en désaveu qui permet de contester la présomption de paternité du mari de la mère est soumise à des conditions plus restrictives que l'action en contestation de la reconnaissance de l'enfant de parents non mariés. La paternité du mari ne peut en effet être contestée que par lui-même (art. 256 al. 1 ch. 1 CC), s'il n'a pas consenti à la conception par un tiers (art. 256 al. 3 CC), et/ou par l'enfant, à la condition que la vie commune des époux ait pris fin pendant sa minorité (art. 256 al. 1 ch. 2 CC).

L'exclusion de la mère de la qualité pour agir en désaveu de paternité (cf. art. 256 CC *a contrario*) ne peut plus être justifiée par la protection de l'institution du mariage et constitue une discrimination fondée sur le critère du sexe, qui ne résiste pas à l'examen de l'art. 14 en lien avec l'art. 8 CEDH³³⁹. Il faut admettre la qualité pour agir de la mère sur la base de l'art. 8 CEDH et compléter l'art. 256 al. 1 CC dans ce sens.

Le père biologique n'a pas davantage la qualité pour agir en désaveu. Il doit le cas échéant, comme la mère, faire agir l'enfant, à la condition toutefois que la vie commune des époux ait pris fin pendant sa minorité et que l'action soit dans l'intérêt de l'enfant, ce par le biais d'un curateur de représentation et/ou agir comme intervenant accessoire dans la procédure; à ce titre, le père biologique pourra recourir contre une décision négative ou un retard à statuer dans la mesure où il défend les intérêts de l'enfant³⁴⁰. Cette solution est critiquable à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg, étant donné que l'autorité examinera en principe la question uniquement sous l'angle du bien de l'enfant et ne tiendra pas compte des intérêts du père génétique présumé³⁴¹. Comme le TF, la CourEDH a toutefois admis que le père biologique soit exclu du cercle des demandeurs à l'action³⁴². S'il peut être dans l'intérêt de l'enfant de développer des

339 Egalement critiques: BSK-SCHWENZER/COTTIER, art. 256 CC N6; KUKO-RUSCH/GÖTSCHI, art. 256 CC N5; COTTIER, *Impulsions*, p. 159, sur la base des art. 1 et 16 let. d de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, conclue le 18 décembre 1979 et entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997 (CEDEF; RS.0.108); MEIER, *FamPra.ch* 2012, p. 271; MEIER/STETTLER, N 103 note 227.

340 ATF 121 III 1, JdT 1996 I 662, confirmé in: TF, 5A_150/2011 du 29 juin 2011, c. 3.4.1.

341 ACEDH, *Koychev c. Bulgarie* du 13 octobre 2020, n° 32495/15, violation de l'art. 8 CEDH vu le rejet d'une action en contestation de paternité fondé sur l'intérêt de l'enfant, reconnu par l'époux de sa mère, sans garantie suffisante pour le père biologique allégué; ACEDH, L.D. et P.K. c. Bulgarie du 8 décembre 2016, n°s 7949/11 et 45522/13, violation de l'art. 8 CEDH dans l'impossibilité pour le père biologique prétendu d'établir sa paternité à l'égard d'un enfant déjà reconnu par un autre homme. MEIER/STETTLER, N 103 note 229; PAPAUX VAN DELDEN, *Familles*, p. 33; SAENZ DEVIA, p. 118 s.

342 ATF 144 III 1, SJ 2018 I 218. ACEDH, *Marinis c. Grèce* du 9 octobre 2014, n° 3004/10; ACEDH, *Ahrens c. Allemagne* du 22 mars 2012, n° 45071/09; ACEDH, *Kautzor c. Allemagne*

relations personnelles avec son père biologique, cela n'implique pas d'autoriser ce dernier à contester la paternité juridique, alors que l'intérêt de l'enfant peut ne pas aller dans ce sens³⁴³; l'impossibilité pour un père biologique de faire établir légalement sa paternité à l'égard de trois enfants, nés d'une femme mariée pendant la période où ils vivaient ensemble, n'emporte pas violation de l'art. 8 CEDH, le père biologique pouvant notamment solliciter l'adoption des enfants³⁴⁴.

Soumettre l'action de l'enfant, à la condition que «la vie commune des époux ait pris fin pendant sa minorité» (art. 256 al. 1 ch. 2 CC), n'est pas justifié, à tout le moins pour l'enfant majeur³⁴⁵; celui-ci est privé de la qualité pour agir si la communauté domestique des parents a pris fin après son 18^e anniversaire sans pesée des intérêts en présence, ce qui n'est pas conforme à l'art. 8 CEDH. L'action *sui generis* en recherche des origines, sans effet d'état sur la filiation, ne permet pas de réparer cette limitation de l'accès à l'action³⁴⁶. *De lege ferenda*, un droit inconditionnel d'agir en désaveu est soutenu en doctrine dès la majorité, en invoquant le droit de connaître son identité³⁴⁷. Enfin, lorsque le mari est décédé ou devenu durablement incapable de discernement avant l'expiration du délai pour agir, l'action en désaveu peut être intentée par son père ou sa mère (art. 258 CC); la CourEDH veille au ménagement d'un équilibre entre, d'une part, les intérêts des parents du mari, dont l'action en désaveu avait abouti, et, d'autre part, les intérêts de l'ex-épouse et de la fille du défunt³⁴⁸, équilibre à garantir dans l'application de l'art. 258 CC.

Au contraire de l'action en désaveu, le cercle des parties ayant la qualité pour agir à l'action en contestation de la reconnaissance est nettement plus large, s'étendant à «tout intéressé», en particulier la mère, l'enfant et, s'il est décédé, ses descendants, ainsi que la commune d'origine ou la commune de domicile de l'auteur de la reconnaissance (art. 260a al. 1 CC); le père biologique notamment a ainsi qualité pour agir. Lorsque l'auteur de la reconnais-

du 22 mars 2012, n° 23338/09; ACEDH, Chavdarov c. Bulgarie du 21 décembre 2010, n° 3465/03.

343 Tel est le cas in: ACEDH Fröhlich c. Allemagne du 26 juillet 2018, n° 16112/15. L'intérêt de l'enfant peut aussi dicter que la filiation soit annulée afin de permettre l'établissement de la filiation juridique du père biologique: ACEDH, Mandet c. France du 14 janvier 2016, n° 30955/12, non-violation de l'art. 8 CEDH pour avoir modifié le lien de filiation à la demande et en faveur du père biologique sans l'accord du mineur concerné. Critiques: MEIER/STETTLER, N 141 *in fine* note 334 et RMA 2016, p. 47, souscrivant à l'opinion dissidente favorable à un constat de violation du droit de l'enfant au respect tant de sa vie familiale que privée.

344 ACEDH, Chavdarov c. Bulgarie du 21 décembre 2010, n° 3465/03, § 53 ss. Critique à juste titre: SAENZ DEVIA, p. 116 s.

345 Dans ce sens: MEIER, FamPra.ch 2012, p. 272 et réf. note 89; PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 21.

346 *Contra*: MEIER/STETTLER, N98 et réf. note 211. Sur cette action *sui generis* consacrée par l'ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411, cf. *supra* D.II.1.

347 Dans ce sens: BSK-SCHWENZER/COTTIER, art. 256 CC N 5; COTTIER/WYTTENBACH, p. 79.

348 ACEDH, T.Ç. et H.Ç. c. Turquie du 26 juillet 2011, n° 34805/06, § 81 s.

sance est le père psychosocial de l'enfant, le TF aurait dû à notre sens privilégier l'argument de la doctrine selon lequel la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant devait exclure la qualité pour agir de la commune d'origine ou de domicile de l'auteur de la reconnaissance³⁴⁹. Il en va à notre sens du respect de l'art. 8 CEDH lequel inclut l'intérêt supérieur de l'enfant et ne s'accommode pas d'un droit d'action de tiers qui ne prend pas en considération cet intérêt³⁵⁰. Le devoir du tribunal, au moment de statuer sur le fond, de s'assurer que le bien de l'enfant commande effectivement l'annulation du lien de filiation ne suffit pas³⁵¹. La protection de l'institution du mariage est dans le présent domaine également très marquée. En effet, lorsque les père et mère se marient une fois la paternité du mari établie par reconnaissance ou jugement, le statut de l'enfant est celui d'un enfant né pendant le mariage (art. 259 al. 1 CC) et le cercle des personnes pouvant attaquer la reconnaissance se réduit (cf. art. 259 al. 2 CC); il ne s'étend plus à «tout intéressé» et l'enfant voit sa qualité pour agir être limitée par la condition de la fin de la vie commune des époux pendant sa minorité, condition alternative avec le fait qu'il ait été reconnu après l'âge de 12 ans révolus selon l'art. 259 al. 2 ch. 2 CC.

L'aboutissement de l'action en désaveu ou en contestation de la reconnaissance, fondé sur la conclusion du défaut de lien biologique, entraîne la rupture du lien de filiation avec effet rétroactif au jour de la naissance³⁵²; un lien psychosocial entre l'enfant et son père juridique n'est pas à même d'empêcher la perte du lien de filiation paternel. Les avantages liés à la présomption de paternité découlant du mariage avec la mère sont autant de désavantages à l'encontre des enfants de parents non mariés, lesquels bénéficient d'un lien de filiation paternel plus précaire, en particulier lorsque ce lien repose sur une paternité psychosociale dépourvue de lien génétique³⁵³. Il s'agit de discriminations fondées sur la naissance et le statut marital des parents, incompatibles avec les art. 14 et 8 CEDH, la protection de l'institution du mariage ne pouvant suffire à les justifier³⁵⁴. L'acceptation d'une pluralité de formes familiales y fait obstacle, la Convention étant un instrument vivant à interpréter selon les conditions d'aujourd'hui.

b. Restitution des délais

La contestation de la paternité, quel que soit au demeurant le mode de son établissement, est soumise à des délais, avec la possibilité d'intenter l'action après leur expiration, lorsque de justes motifs rendent le retard excusable (art. 256c

349 Ce que le TF n'a donc pas fait in: ATF 143 III 624, c. 3. Critiques: BSK-SCHWENZER/COTTIER, art. 260a CC, N 5; BÜCHLER/RAVEANE, p. 224 ss; STECK, p. 557 ss.

350 Dans ce sens également: WYTTENBACH/GROHSMANN, p. 149 ss.

351 TF, 5A_745/2014 du 16 mars 2015, c. 3.3. MEIER/STETTLER, N 141.

352 MEIER/STETTLER, N 156.

353 CREVOISIER, p. 275 ss. Voir également: COTTIER, *Impulsions*, p. 181.

354 COTTIER/WYTTENBACH, p. 80; PAPAUX VAN DELDEN, *Familles*, p. 2.

al. 3 CC et art. 260c al. 3 CC); la législation suisse ne prévoit ainsi pas d'application rigide de ce délai de préemption en harmonie avec les exigences de la Convention³⁵⁵. Le respect dû à la vie familiale exige en effet que «la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne»³⁵⁶. La jurisprudence fédérale retient toutefois une interprétation stricte du délai dans lequel la partie demanderesse doit agir lorsqu'elle a connaissance d'un juste motif; elle doit introduire l'action avec toute la célérité requise ce qui signifie, sous réserve de circonstances exceptionnelles, un maximum d'un mois³⁵⁷. Il convient de privilégier au regard du respect de l'art. 8 CEDH une approche souple qui tienne compte des circonstances du cas particulier. Or, selon le TF, l'intérêt de l'enfant ne constitue pas une condition supplémentaire qui serait mise à l'admission d'une restitution du délai pour ouvrir l'action en contestation de la paternité, alors qu'il intervient comme un élément d'appréciation lorsque les circonstances ne suffisent pas à fonder un juste motif; si, dans une telle hypothèse, il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant que la question du lien de filiation soit tout de même éclaircie, la restitution doit être refusée³⁵⁸. Que l'intérêt de l'enfant ne constitue pas une condition à examiner lors de l'admission d'une restitution du délai pour ouvrir l'action en contestation de la paternité est à notre sens peu conciliable avec l'art. 8 CEDH, la préservation de la sécurité juridique ne constituant pas en soi un motif suffisant³⁵⁹.

Afin de garantir le droit au respect de la vie privée, la partie demanderesse hors délai doit pouvoir se prévaloir d'une action *sui generis* en constatation de sa non-paternité³⁶⁰. Un raisonnement par analogie fondé sur l'arrêt dans lequel le TF a admis le droit de l'enfant majeur issu du mariage de connaître son ascendance dans le cadre d'une action *sui generis*, indépendante de l'action en

355 ACEDH, Shofman c. Russie du 24 novembre 2005, n° 74826/01, § 45. Une possibilité de restitution des délais est une exigence conventionnelle: ACEDH, Novotný c. République tchèque du 7 juin 2018, n° 16314/13; ACEDH, A.L. c. Pologne du 18 février 2014, n° 28609/08. HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 8 N 23 *in fine*.

356 ACEDH, Kroon et autres c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, n° 18535/91, Série A 297-C, § 40. Voir également: ACEDH, Paulík c. Slovaquie du 10 octobre 2006, n° 10699/05, Recueil 2006-XI, § 46; ACEDH, Mizzi c. Malte du 12 janvier 2006, n° 26111/02, Recueil 2006-I, § 112 ss; ACEDH, Znamenskaya c. Russie du 2 juin 2005, n° 77785/01, § 31. MEIER, FamPra.ch 2012, p. 268 ss.

357 ATF 136 III 593, c. 6.1; ATF 132 III 1, c. 3.2, SJ 2006 I 305; ATF 129 II 409, c. 3, SJ 2004 I 25.

358 ATF 136 III 593, c. 6.2; TF, 5A_240/2011 du 6 juillet 2011, c. 7.1.

359 ACEDH, Boljević c. Serbie du 16 juin 2020, n° 47443/14, § 55; ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X, § 43.

360 TF, 5A_298/2009 du 31 août 2009, c. 5, question laissée ouverte. MEIER, RMA 2010, p. 125 s., § 4, l'admet comme le législateur allemand l'a expressément prévu, cf. § 1598a BGB. Dans ce sens également: Arrêt du Tribunal supérieur de Lucerne du 8 septembre 2012 (OGER LU, 3B 12 33), FamPra.ch 2013, p. 220 ss, dans lequel un père a le droit de connaître sa paternité ou sa non-paternité, indépendamment d'une procédure en désaveu; pour une analyse de cet arrêt et de ses conséquences sur le droit de la famille: PFAFFINGER, FamPra.ch 2014, p. 604 ss.

contestation de la présomption de paternité selon l'art. 256 CC, le permet³⁶¹. Ce raisonnement revient à admettre un droit de connaître sa descendance. L'ouverture d'une voie judiciaire tend à éviter le recours à des expertises obtenues clandestinement, selon des procédés peu conformes à l'intérêt de l'enfant. Un test effectué à l'insu des intéressés ne sera au demeurant pas automatiquement écarté de la procédure, l'art. 152 al. 2 CPC permettant au tribunal de prendre en considération un moyen de preuve obtenu de manière illicite si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant, ce que peut être l'intérêt de l'enfant³⁶². L'action *sui generis* est ouverte au père juridique qui doute de la vérité biologique de sa paternité ou au père biologique qui croit l'être, alors que le législateur lui refuse la qualité pour agir en désaveu; elle reste soumise à une pesée des intérêts en présence ce qu'exige la Convention. Le poids accordé au lien génétique ne permet pas à notre sens d'ouvrir l'action au donneur de sperme qui tenterait par ce biais de connaître l'identité de l'enfant; le droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant et des parents s'y opposerait³⁶³.

La paternité ou la non-paternité établie par une décision judiciaire définitive doit également pouvoir être remise en cause; la conclusion portant sur l'impossibilité de la contester dans le cas particulier doit être le fruit d'un juste équilibre entre les intérêts en présence afin de garantir le respect de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH³⁶⁴. Le refus de rouvrir une procédure en reconnaissance de paternité datant d'il y a 40 ans consiste ainsi en une violation de l'art. 8 CEDH³⁶⁵. La sécurité juridique attachée au respect des délais n'est pas une raison suffisante pour priver l'individu du droit de connaître la vérité sur un aspect important de son identité personnelle, sans mettre en balance les intérêts en jeu. Or, l'art. 329 al. 2 CPC soumet en principe le droit de demander la révision d'une décision définitive entrée en force à un délai de péremption de 10 ans. Lorsque la paternité, respectivement la non-paternité, a été établie par jugement, ce délai absolu entre en conflit avec la jurisprudence de Strasbourg³⁶⁶. Il n'assure pas l'égalité de traitement avec l'action en paternité, laquelle ne connaît pas de délai absolu (art. 263 al. 3 CC). L'art. 329 al. 2 CPC est en conclusion une norme inapplicable en raison de sa contradiction à la CEDH.

361 ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411. Cf. *supra* D.II.1.

362 ACEDH, Bagniewski c. Pologne du 31 mai 2018, n° 28475/14, § 48 ss, il n'est pas permis de tirer du refus de l'enfant de se soumettre au test ADN des conclusions contraires à l'intérêt supérieur de celui-ci et ne pas tenir un test ADN extrajudiciaire contesté par la mère de l'enfant comme la preuve décisive dans le cadre d'une action en désaveu ne viole pas l'art. 8 CEDH.

363 PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 126. Toute prétention doit être fermée au donneur, cf. également: MARGOT, p. 718; MEIER/STETTLER, N 520. ComEDH [déc.], J. M. R. c. Pays-Bas du 8 février 1993, n° 16944/90, D.R. 74, p. 120.

364 Violation de l'art. 8 CEDH: ACEDH, Bocu c. Roumanie du 30 juin 2020, n° 58240/14, § 33–37; ACEDH, Novotný c. République tchèque du 7 juin 2018, n° 16314/13, § 49–51; ACEDH, Paulík c. Slovaquie du 10 octobre 2006, n° 10699/05, Recueil 2006-XI, § 45–47.

365 ACEDH, Boljević c. Serbie du 16 juin 2020, n° 47443/14. Voir également: ACEDH, Novotný c. République tchèque du 7 juin 2018, n° 16314/13.

366 MEIER/STETTLER, N 208; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 269.

4. Adoption

L'influence de la jurisprudence de Strasbourg est éminente en droit de l'adoption, même si la CourEDH n'admet pas formellement un droit d'adopter, car elle assure l'application de l'art. 8 CEDH par d'autres biais³⁶⁷. Ainsi, les relations entre adoptant(s) et adopté sont en principe de même nature que les relations familiales et bénéficient de la protection de l'art. 8 CEDH³⁶⁸; l'existence d'un lien familial avec l'enfant oblige l'Etat à accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille³⁶⁹. A notre sens, la notion de vie privée au sens de l'art. 8 CEDH incluant le droit au respect de la décision de devenir parent et de recourir pour ce faire à la PMA³⁷⁰, la CourEDH devrait en déduire le droit d'adopter, suivant l'évolution de la législation en Europe et le fait que la Convention est un instrument vivant, sauf à donner une importance démesurée au lien biologique. Le choix de recourir à l'adoption constitue une forme d'expression de la vie privée et familiale, comme celui de concevoir un enfant par le biais de la PMA.

Le droit de l'adoption poursuit la redéfinition des contours de la famille et participe au remodelage des types de familles. Au centre de cette dynamique se trouve l'enfant adopté, dont la promotion du bien est centrale. *In fine*, la CourEDH veille à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant, en tant que composante du respect de la vie familiale, constitue dans l'évaluation des intérêts concurrents en présence la principale considération de l'autorité qui prononce l'adoption³⁷¹. «La Cour le répète avec force: dans les affaires de ce type, l'intérêt de l'enfant doit passer avant toute autre considération»³⁷². Elle souligne cet impératif, même si l'adoption est fondée sur des éléments frauduleux ou trompeurs³⁷³. Ainsi, que le bien de l'enfant ne se trouve pas sérieusement compromis pour admettre l'annulation d'une adoption s'impose malgré le silence de

367 BÜCHLER, *Private and Family Life*, p. 39 ss; MALINVERNI, *Adoption*, p. 363 ss; PAPAUX VAN DELDEN, *Adoption*, p. 201 ss; Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 8 N 17 et 43; VILLIGER, p. 384 N 680; DE VRIES, p. 723. Cf. *supra* C.I.3.

368 ACEDH, Pini et autres c. Roumanie du 22 septembre 2004, nos 78028/01 et 78030/01, Recueil 2004-IV, § 140. DE VRIES, p. 723.

369 ACEDH, Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique du 16 décembre 2014, n° 52265/10, § 89; ACEDH, Harroudj c. France du 4 octobre 2012, n° 43631/09, § 41 et réf.; ACEDH, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg du 28 juin 2007, n° 76240/01, § 119. Cf. *supra* C.I.3.a.

370 ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 77 et 82; ACEDH [GC], Evans du c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, n° 6339/05, Recueil 2007-I, § 71. Cf. *supra* C.I.3 et sur les développements de la jurisprudence en matière de PMA: *infra* D.II.5.

371 ACEDH, Chbihi Loudoudi c. Belgique du 16 décembre 2014, n° 52265/10, § 97, le rejet des demandes adoption d'une fillette confiée par ses parents biologiques à un couple par le biais d'une *kafala* n'est pas jugé contraire à l'art. 8 CEDH.

372 ACEDH, Akinnibosun c. Italie du 16 juillet 2015, n° 9056/14, § 75, déclaration d'abandon en vue d'adoption déclarée contraire à l'art. 8 CEDH; ACEDH, Pontes c. Portugal du 10 avril 2012, n° 14940/89, § 94.

373 ACEDH, Zaiet c. Roumanie du 24 mars 2015, n° 44958/05, § 49, l'annulation d'une adoption prononcée il y a 31 ans exige des raisons particulièrement qualifiées.

l'art. 269a CC relatif à d'autres vices graves que le défaut de consentement (cf. art. 269 CC), aux fins de respecter l'art. 8 CEDH³⁷⁴. Lorsque dans le cadre d'une adoption internationale d'un enfant mineur, la «protection de l'enfant de manière générale», soit la prévention générale, l'emporte de manière absolue sur les particularités du cas d'espèce, sans égard à l'intérêt supérieur de l'enfant concerné, le raisonnement du TF ne convainc pas à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg³⁷⁵. S'il existe un intérêt public incontestable au respect de la procédure d'adoption, cet intérêt ne saurait primer sans aucun discernement sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cas particulier. Le droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant ne permet pas que celui-ci soit puni pour un comportement répréhensible, sur lequel il n'a aucune emprise, victime innocente du choix critiquable fait par un adulte duquel il dépend.

La grande révision du droit de l'adoption, qui est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1973, a constitué la première étape d'une révision du droit de la famille échelonnée vers la fin des années 50; elle s'est concentrée autour du bien de l'enfant et a engendré une réforme majeure: l'institutionnalisation de l'adoption plénière (art. 267 al. 1 CC) et irrévocable³⁷⁶. Le corollaire en a été la sacralisation du secret de l'adoption et la rupture totale des liens avec les parents naturels. Cette révision a permis la ratification de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants³⁷⁷. Celle-ci comporte toutefois certaines contradictions avec la jurisprudence de la CourEDH, ce qui a conduit les Etats à adopter le 27 novembre 2008 la Convention européenne révisée³⁷⁸; la révision du droit de l'adoption entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018 doit permettre à la Suisse de la ratifier³⁷⁹.

Tant le législateur que les autorités d'application de la loi doivent en outre rester attentifs à l'affirmation de la CourEDH selon laquelle il faut éviter une application «mécanique et aveugle» des conditions légales, en raison de la-

374 PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 204. Violation de l'art. 8 CEDH pour avoir annulé une adoption alors que la procédure pénale pour sévices sur l'enfant était pendante: ACEDH, Ageyevy c. Russie du 18 avril 2013, n°7075/10.

375 TF, 5A_219/2021 du 27 août 2021, c. 7.3, SJ 2022 42, le refus d'ouvrir la voie à la légalisation de situations illégales «sous couvert de l'intérêt supérieur de l'enfant» permet de ne pas examiner la question de savoir si l'adoption serait conforme aujourd'hui à l'intérêt supérieur de l'enfant, voir aussi c. 5.2.4 *in fine* et 6. Mitigée également quant à la solution retenue: AEBI-MÜLLER, Jusletter 2022, § 72, très critique: BUCHER, RSDIE 2022, p. 238 ss.

376 Sur l'historique du droit de l'adoption en lien avec la place accordée au bien de l'enfant: PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 188 ss. Voir également: KÖRBER/STEINEGGER, p. 61 ss.

377 RS 0.211.221.310; Convention ratifiée le 24 avril 1967, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} avril 1973. BÜCHLER, Private and Family Life, p. 39, relève que la jurisprudence de Strasbourg reflète cette Convention.

378 STCE 202; la Convention révisée est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2011. Elle indique d'ailleurs, dans son préambule, que la Convention 1967 est en partie dépassée et contraire à la CEDH, soulignant l'influence cardinale de celle-ci en la présente matière.

379 Loi fédérale du 17 juin 2016 (Droit de l'adoption), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018 (RO 2017 3699; FF 2015 835). CONSEIL FÉDÉRAL, Message adoption, p. 895, sur la nécessité de dénoncer la Convention non révisée.

quelle la Suisse a d'ailleurs déjà été condamnée³⁸⁰. L'application souple de la condition liée à la différence d'âge jugée excessive entre l'adoptante et l'enfant, eu égard aux circonstances du cas, a au contraire été saluée dans l'affaire *Schwizgebel c. Suisse*³⁸¹. La dernière révision a permis au législateur d'introduire des exceptions aux conditions posées en principe par la loi, applicables «si le bien de l'enfant le commande» (art. 264 al. 2, art. 264b al. 4 et art. 264d al. 2 CC); les juges veilleront à les analyser à la lumière de l'art. 8 CEDH.

a. *Consentements à l'adoption*

Le consentement de l'enfant capable de discernement à son adoption fait partie des exigences liées à son bien. La CourEDH a eu l'occasion de préciser que fixer un seuil à 10 ans n'est pas déraisonnable³⁸². Quant à l'accord du parent naturel, l'Etat a l'obligation positive de s'assurer qu'il est éclairé et entouré des garanties adéquates³⁸³. Consentir à l'adoption de son enfant selon l'art. 265a CC est un effet de la filiation juridique, qui est indépendant de l'autorité parentale, découlant des droits de la personnalité du parent³⁸⁴. Ce droit relève de la vie familiale, même en l'absence de relations vivantes avec l'enfant³⁸⁵. L'Etat a d'ailleurs l'obligation positive déduite de l'art. 8 CEDH, et reconnue par le TF avant même la CourEDH, d'assister le cas échéant le parent biologique dans l'établissement de sa paternité³⁸⁶. Si l'accord des parents juridiques est le principe, des exceptions ne sont pas exclues³⁸⁷. Celles-ci doivent être interprétées en tenant compte de l'obligation à charge des autorités nationales, avant d'envisager la solution d'une rupture du lien familial, de déployer des efforts adéquats

380 ACEDH, *Emonet et autres c. Suisse* du 13 décembre 2007, n° 39051/03. Cf. *infra* D.II.4.c.

381 ACEDH, *Schwizgebel c. Suisse* du 10 juin 2010, n° 25762/07, Recueil 2010, § 96, non-violation à l'unanimité des art. 8 et 14 CEDH. GERARDS, p. 1015.

382 ACEDH, *Pini et autres c. Roumanie* du 22 septembre 2004, Recueil 2004-IV, § 145.

383 ACEDH, *A.K. et L. c. Croatie* du 8 janvier 2013, n° 37956/11, manquement des autorités à assurer la représentation juridique de la requérante souffrant de troubles mentaux dans la procédure qui l'a privée de l'autorité parentale et à l'informer de la procédure d'adoption à l'égard de son fils: violation «logique» de l'art. 8 CEDH selon MALINVERNI, *Adoption*, p. 363 s.; ACEDH, *Todorova c. Italie* du 13 janvier 2009, n° 33932/06, § 82 s., violation de l'art. 8 CEDH étant donné la déclaration d'adoptabilité prise 27 jours après la naissance de jumeaux, sans avoir entendu la mère, qui avait demandé à l'être. Voir également: CourEDH [déc.], *Antkowiak c. Pologne* du 22 mai 2018, n° 27025/17, les droits des futurs parents adoptifs ne peuvent primer sur ceux de l'enfant, la mère biologique ayant changé d'avis et retiré son consentement à l'adoption, demandant sa réunion avec l'enfant.

384 ATF 137 III 1, JdT 2011 II 367; ATF 113 Ia 271. Si le consentement découle de l'autorité parentale, l'Etat doit prévoir une procédure pour obtenir la restitution des droits parentaux aux fins d'être habilité à refuser l'adoption: ACEDH, *A.K. et L. c. Croatie* du 8 janvier 2013, n° 37956/11.

385 ACEDH, *Eski c. Autriche* du 25 janvier 2007, n° 21949/03, § 34.

386 ACEDH, *K.A.B. c. Espagne* du 10 avril 2012, n° 59819/08, résumé par MALINVERNI, *Adoption*, p. 364 s. ATF 137 I 154, c. 3.3.1, JdT 2012 II 229; ATF 113 Ia 271.

387 ACEDH, *Eski c. Autriche* du 25 janvier 2007, n° 21949/03, § 34, non-violation de l'art. 8 CEDH, l'adoption de l'enfant malgré l'opposition du père biologique étant justifiée.

et suffisants pour faire respecter le droit du parent biologique à vivre avec son enfant³⁸⁸.

Lorsqu'il fait suite à la naissance de l'enfant, l'art. 265b CC, inchangé depuis son entrée en vigueur en 1972, institue une période de protection de 6 semaines durant laquelle le consentement tant de la mère que du père n'est pas valable (al. 1); s'il a néanmoins été accordé, il ne déploie pas d'effet et doit être confirmé à l'écoulement du délai prescrit. Le consentement donné ou confirmé à la fin de ce premier délai de réflexion peut être révoqué sans indication de motif dans les 6 semaines suivantes (al. 2). Le délai de révocation de 6 semaines est court, mais cumulé au délai antérieur de réflexion de 6 semaines après la naissance, il apparaît compatible avec la CEDH³⁸⁹.

aa. Consentement et maintien des relations personnelles

Si le consentement à l'adoption est soumis à une condition de la part de la mère naturelle, celle-ci doit être respectée; à défaut, il y a violation de l'art. 8 CEDH³⁹⁰. Le contexte de l'ACEDH de Grande Chambre *Abdi Ibrahim c. Norvège* de 2021 est inédit du fait du souhait de la mère biologique que son fils, placé en famille d'accueil alors qu'il était encore un nourrisson, soit élevé conformément à sa foi musulmane, partie intégrante du grief formulé sous l'angle de l'art. 8 CEDH, tel qu'interprété et appliqué à la lumière de l'art. 9 CEDH, lequel garantit la liberté de religion. Cette affaire se distingue du fait que l'accent mis par les juridictions internes sur les intérêts de l'enfant est critiqué par la CourEDH, et par l'importance prépondérante accordée à l'opposition des parents d'accueil à l'adoption ouverte; en autorisant l'adoption, les autorités internes n'ont ainsi pas accordé un poids suffisant au droit de la requérante au respect de sa vie familiale, et en particulier à l'intérêt mutuel de la mère et de l'enfant à maintenir des relations, ce qui aurait permis au fils de garder certains liens avec ses racines culturelles et religieuses. Seules des circonstances particulièrement exceptionnelles peuvent justifier une rupture complète et définitive des liens entre l'enfant et le parent biologique, ou une exigence primordiale touchant à l'intérêt supérieur de l'enfant³⁹¹. De surcroît, il appartient aux autorités nationales d'apprécier le cas échéant la vulnérabilité particulière de la mère biologique, en prenant en compte son origine et le modèle qui peut être différent d'attachement

388 ACEDH, *D.M. et N. c. Italie* du 20 janvier 2022, n° 60083/19, § 83; ACEDH, *Zhou c. Italie* du 21 janvier 2016, n° 33773/11, § 61.

389 ACEDH, *Kearns c. France* du 10 janvier 2008, n° 35991/04, § 81, délai de révocation de 2 mois jugé suffisant, alors que le consentement à l'adoption avait été donné le lendemain de la naissance. PAPAUX VAN DELDEN, *Adoption*, p. 195.

390 ACEDH [GC], *Abdi Ibrahim c. Norvège* du 10 décembre 2021, n° 15379/16, § 143, violation de l'art. 8 CEDH compte tenu des insuffisances dans le processus décisionnel ayant entraîné la rupture des liens de la mère avec son fils dans un contexte de différences culturelles et religieuses entre la mère et les parents adoptifs.

391 ACEDH [GC], *Abdi Ibrahim c. Norvège* du 10 décembre 2021, n° 15379/16, § 162.

entre parents et enfant comme le connaît la culture africaine³⁹². Au regard de l'art. 8 CEDH, il revient aux Etats d'apporter la preuve qu'ils ont accordé une attention particulière aux personnes vulnérables, une protection accrue leur étant due³⁹³.

Depuis le 1^{er} janvier 2018, en harmonie avec la jurisprudence de la CourEDH, le législateur suisse a intégré une nouvelle conception de l'adoption, en ne retenant plus la théorie de la rupture totale; a fait son chemin l'idée qu'il peut être davantage conforme à l'intérêt de l'enfant de pouvoir, selon les circonstances du cas d'espèce, garder des liens avec sa famille naturelle (cf. art. 268e CC). Cette dernière disposition paraît toutefois timide, étant donné qu'elle prévoit le droit à des relations personnelles avec les parents biologiques et l'enfant exclusivement dans le cadre d'une convention entre les parents adoptifs et biologiques, approuvée par l'autorité. Le défaut d'un accord pourra mener à ne pas prononcer l'adoption au regard de l'art. 8 CEDH. Mais refuser l'adoption en raison d'un consentement conditionné à un droit de visite avec l'enfant est critiquable³⁹⁴; la nouvelle conception de l'adoption doit permettre une solution plus nuancée, afin de se conformer à la jurisprudence de Strasbourg.

Le législateur n'a, à tort, pas modifié l'art. 274 al. 3 CC selon lequel le consentement du parent naturel à l'adoption entraîne, dès le placement de l'enfant, la suppression du droit aux relations personnelles, sous réserve d'un accord entre parents naturels et adoptants ou d'un maintien décidé par l'autorité de protection de l'enfant (APE) et soumis à des circonstances exceptionnelles dictées par l'intérêt de l'enfant (art. 274a CC), ce qui répond à une situation par définition conflictuelle; la conformité de la loi avec l'art. 8 CEDH a pourtant été vivement critiquée³⁹⁵. La CourEDH s'est montrée ouverte au maintien des contacts entre l'enfant et sa famille d'origine³⁹⁶. En revanche, lorsque

392 ACEDH, A.I. c. Italie du 1^{er} avril 2021, n° 70896/17, § 104, les aptitudes parentales de la requérante ont été appréciées sans prendre en compte ces considérations, qui avaient été largement mises en évidence dans le rapport d'expertise, cf. § 34.

393 ACEDH, Soares de Melo c. Portugal du 16 février 2016, n° 72850/14, § 106; ACEDH, Zhou c. Italie du 21 janvier 2016, n° 33773/11, § 58; ACEDH, Zambotto Perrin c. France du 26 septembre 2013, n° 4962/11, § 94.

394 OG LU du 20 juillet 2004, FamPra.ch 2005, p. 390, suivi, p. 621 s., des critiques de PFAFFINGER, favorable aux adoptions ouvertes, réitérées in: PFAFFINGER, FamPra.ch 2008, p. 20 ss.

395 PFAFFINGER, FamPra.ch 2008, p. 39 ss.

396 ACEDH, A.I. c. Italie du 1^{er} avril 2021, n° 70896/17, violation de l'art. 8 CEDH pour avoir privé une femme d'origine nigériane, victime de traite, de tout contact avec ses enfants en dépit des préconisations d'experts et avant même la décision définitive sur leur adoptabilité; ACEDH, Naltakyan c. Russie du 20 avril 2021, n° 54366/08, violation de l'art. 8 CEDH en raison du refus d'accorder un droit de visite au père qui apprit la survie de son enfant à la naissance qu'un an et demi plus tard, après avoir reçu une demande de retrait de son autorité parentale sur l'enfant dans le cadre d'une procédure d'adoption; ACEDH, Görgülü c. Allemagne du 26 février 2004, n° 74969/01, violation de l'art. 8 CEDH en raison de la suppression des contacts avec la famille naturelle pendant la phase du placement, cf. WITTINGER, p. 100; de mes: ACEDH, Clemeno et autres c. Italie du 21 octobre 2008, n° 19537/03. MALINVERNI, Adoption, p. 365 s.

l'adoption a été prononcée dans le respect des garanties procédurales des différentes personnes concernées, l'Etat est en droit de refuser d'octroyer ultérieurement à la mère biologique un droit de visite et d'information, afin de protéger le droit au respect de la vie privée et familiale des parents adoptifs; la situation d'extrême vulnérabilité de la mère biologique, à laquelle est opposé le caractère non-exécutoire des arrangements verbaux discutés en cours de procédure, rend néanmoins l'opinion dissidente convaincante³⁹⁷.

bb. Renoncement au consentement

Un des points les plus discutés du droit de l'adoption est la question du renoncement au consentement des parents naturels. Depuis le 1^{er} janvier 2018, l'art. 265c CC limite les possibilités de faire abstraction du consentement d'un des parents lorsque celui-ci est inconnu, par exemple lorsque l'enfant est déposé dans une boîte à bébé, absent depuis longtemps sans résidence connue ou incapable de discernement de manière durable; assimiler jeunesse et incapacité pour se passer du consentement de la mère très jeune est controversé³⁹⁸. Il faut tenir compte de l'art. 8 CEDH, la CourEDH ayant admis la violation de cette disposition pour n'avoir pas pris en compte l'avis de la mère frappée d'incapacité civile, mais pas d'incapacité durable de discernement³⁹⁹. La mère devrait dans toute la mesure du possible être entendue afin de ne pas prendre une décision exclusivement sur la base du certificat médical attestant son incapacité de discernement⁴⁰⁰. Le père biologique connu peut être considéré comme inconnu juridiquement, à défaut d'un lien juridique de filiation, permettant de faire abstraction de son consentement par anticipation⁴⁰¹; il faut réserver l'obligation à charge de l'Etat de porter à la connaissance du père biologique la manière de faire valoir ses droits⁴⁰².

Depuis le 1^{er} janvier 2018, seuls des critères objectifs sont ainsi maintenus pour renoncer au consentement du parent naturel. Avant cette date, l'art. 265c ch. 2 aCC permettait de renoncer au consentement du parent lorsque celui-ci

397 ACEDH, I.S. c. Allemagne du 5 juin 2014, n° 31021/08, § 84–87, à une majorité de 5 voix contre 2, le droit au respect de la vie familiale de la famille adoptive à ne pas être perturbée a primé, sans violer l'art. 8 CEDH, le droit au respect de la vie privée de la mère biologique, l'arrangement sur son droit de recevoir régulièrement des informations au sujet des jumeaux ne reposant que sur une simple déclaration d'intention des parents adoptifs; voir l'opinion dissidente percutante de la juge POWER-FORDE, rejointe par le juge ZUPANČIĆ.

398 MEIER/STETTLER, N 360 note 805 et réf., semblent l'accepter dans l'hypothèse d'une mère incapable de discernement jusqu'à la fin de la procédure d'adoption.

399 ACEDH, X. c. Croatie du 17 juillet 2008, n° 11223/04. Voir également: ACEDH, Omorefe c. Espagne du 23 juin 2020, n° 69339/16, violation de l'art. 8 CEDH dans l'impossibilité pour une mère d'établir des contacts avec son fils, placé en famille d'accueil puis adopté sans son accord.

400 MEIER/STETTLER, N 360 note 805; PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 196.

401 MEIER/STETTLER, N 360 *in fine* et note 808 avec réf.

402 ATF 137 I 154, c. 3.3.1, JdT 2012 II 229; ATF 113 Ia 271. Cf. *supra* D.II.4.a.

ne s'était «pas soucié sérieusement de l'enfant». La jurisprudence avait évolué d'une appréciation purement objective de l'absence de lien vivant entre le parent et l'enfant à la prise en compte d'éléments subjectifs permettant d'expliquer la réalité objective⁴⁰³; cette approche plus nuancée était retenue, sauf circonstances particulières dans lesquelles les droits de la personnalité de l'enfant, capable de discernement et consentant à l'adoption, devaient l'emporter sur le refus du parent, même si celui-ci avait déployé des efforts pour essayer d'entretenir un lien vivant avec l'enfant⁴⁰⁴. Contentieux important du droit de l'adoption, il a également occupé la CourEDH⁴⁰⁵.

La suppression de la cause subjective permettant de passer outre le refus d'un parent est à notre sens problématique au regard du droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant au sens de l'art. 8 CEDH, qui peut ne pas souffrir d'attendre la majorité pour voir l'adoption être prononcée, le refus du parent ne pouvant alors plus être opposé (art. 266 al. 2 *in fine* CC). L'interdiction générale de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC reste le rempart contre la violation des droits de l'enfant. Il convient aujourd'hui d'appliquer la jurisprudence relative à l'art. 265c ch. 2 aCC, qui était une concrétisation de l'abus de droit, sous l'angle de l'art. 2 CC⁴⁰⁶. Dans ce sens, le constat d'une absence objective de lien vivant doit être cumulé à un examen subjectif des causes y relatives, la sanction visant l'attitude de la personne qui refuse abusivement son consentement. Il faut toutefois prêter l'attention suffisante à la jurisprudence de la CourEDH, qui peut également être amenée à ne pas tenir compte des efforts du parent et à se suffire de l'absence de lien vivant; le consentement donné par l'enfant lui-même joue un rôle important dans ce contexte⁴⁰⁷. L'intérêt de l'enfant devant passer avant toute autre considération, il peut faire pencher la balance en faveur de l'adoption, lorsque l'enfant a été placé depuis sa naissance en raison des carences de la mère, laquelle n'a pas investi le lien de filiation de manière significative⁴⁰⁸.

403 ATF 111 II 317, c. 3a-b et déjà ATF 108 II 523, c. 2–4, puis plus clairement encore ATF 109 II 382, JdT 1985 I 651, revenant sur la jurisprudence antérieure objectivant le critère, cf. ATF 107 II 18, c. 5, JdT 1981 311. PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 196.

404 TF, 5C.4/2001 du 26 avril 2001, puis TF, 5A_488/2010 du 13 décembre 2010. En détail sur l'évolution de la jurisprudence: MEIER/STETTLER, N 361 ss.

405 ACEDH, S.S. c. Slovénie du 30 octobre 2018, n° 40938/16; ACEDH, Zambotto Perrin c. France du 26 septembre 2013, n° 4962/11; ACEDH, Aune c. Norvège du 28 octobre 2010, n° 52502/07; ACEDH, Eski c. Autriche du 25 janvier 2007, n° 21949/03.

406 PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 218.

407 ACEDH, Eski c. Autriche du 25 janvier 2007, n° 21949/03, § 39 ss, l'enfant était âgée de neuf ans et demi.

408 ACEDH, Zambotto Perrin c. France du 26 septembre 2013, n° 4962/11, § 108. Voir également: ACEDH, Mohamed Hasan c. Norvège du 26 avril 2018, n° 27496/15, non-violation de l'art. 8 CEDH pour avoir autorisé l'adoption des deux fillettes contre la volonté de la mère.

b. *Adoption dans le cadre d'une union de partenaires de même sexe*

L'interdiction de toute discrimination en lien avec l'homoparenté a été affirmée par la CourEDH. Un couple de personnes de même sexe, dont l'union stable n'est pas formalisée, ne peut être traité différemment d'un couple non marié de partenaires de sexe opposé s'agissant de l'adoption des beaux-enfants au risque d'enfreindre l'art. 14 en lien avec le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH⁴⁰⁹.

Lors de l'introduction de la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart) du 18 juin 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, l'adoption, comme la procréation médicalement assistée, n'étaient pas autorisées (art. 28 aLPart⁴¹⁰). Cette interdiction était fondée sur l'orientation sexuelle du couple et sa conventionnalité très douteuse; le TF avait laissé indécise la question de savoir si l'interdiction de l'adoption était conforme au droit international, la discrimination alléguée par rapport aux couples mariés n'étant pas réalisée dans le cas particulier⁴¹¹. Depuis le 1^{er} janvier 2018, les partenaires enregistrés et les partenaires de fait peuvent adopter l'enfant de la personne avec laquelle est menée une vie de couple selon les art. 264c al. 1 ch. 2 et 3 CC (cf. également l'art. 27a LPart). Une inégalité de traitement est ainsi supprimée entre les partenaires enregistrés et les époux, seuls ces derniers ayant auparavant accès à l'adoption coparentale. L'égalité de traitement entre union formelle et informelle est en outre assurée, puisque les concubins, quel que soit leur sexe, peuvent adopter l'enfant de leur partenaire. Le couple doit faire ménage commun depuis au moins trois ans (art. 264c al. 2 CC) et les personnes menant de fait une vie de couple ne doivent être ni mariées ni liées par un partenariat enregistré (art. 264c al. 3 CC). Cette sécurisation juridique de la relation entre l'enfant et le ou la partenaire de son père ou de sa mère est à saluer, ce d'autant que l'adoption coparentale est la forme d'adoption la plus répandue en Suisse⁴¹². Elle répond aux exigences du droit au respect de la vie familiale de l'enfant et reste soumise aux consentements de l'enfant capable de discernement et du parent juridique «remplacé»⁴¹³.

409 ACEDH [GC], X. et autres c. Autriche du 19 février 2013, n° 19010/07, Recueil 2013-II. EN-TENZA, N 22 ss.

410 RS 211.231 (RO 2005 5685, 5690; FF 2003 1192).

411 ATF 137 III 241, c. 5, JdT 2012 I 142, le partenariat enregistré n'avait pas duré cinq ans, ce qui était la durée requise du mariage pour permettre l'adoption coparentale. COTTIER/WYTTENBACH, p. 83, relevant qu'il n'est toutefois pas fait mention que la durée du partenariat enregistré ne pouvait être plus longue, étant donné l'entrée en vigueur de la LPart trois ans seulement plus tôt; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 275; SANDOZ, Jusletter 2012, N 1 ss.

412 En 2020, environ 75% des adoptions est une adoption coparentale, ce qui confirme une augmentation graduelle depuis 2016, env. 50% étant un pourcentage stable les années précédentes, cf. <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/naissances-deces/adoptions.html>>.

413 Cf. *supra* D.II.4.a.

L'adoption conjointe demeure réservée aux époux conformément à l'art. 264a al. 1 CC. Avec l'entrée en vigueur du mariage pour tous et toutes au 1^{er} juillet 2022, elle s'ouvre aux époux et épouses de même sexe. Le droit suisse va ici plus loin que la jurisprudence de la CourEDH, rendue certes il y a 10 ans, selon laquelle ne découle pas de la Convention l'obligation d'accorder aux couples de partenaires de même sexe l'accès au mariage ou à des droits spéciaux réservés aux seuls couples mariés de personnes de sexe opposé, notamment en matière d'adoption⁴¹⁴.

c. Adoption dans le cadre d'une union informelle

Le droit suisse ne permet aux couples non mariés que l'adoption coparentale (art. 264c al. 1 ch. 3 CC). Jusqu'au 31 décembre 2017, seule l'adoption de l'enfant du conjoint marié était autorisée (art. 267 al. 2 aCC). L'adaptation du droit civil en faveur de l'adoption de l'enfant du partenaire de vie fait suite à l'ACEDH Emonet c. Suisse rendu en 2007; la CourEDH a constaté que la rupture du lien de filiation entre la mère et sa fille, consécutive à l'adoption de celle-ci par le concubin de sa mère, soit par le «beau-parent» de fait, constituait, dans les circonstances particulières d'espèce concernant une enfant majeure handicapée nécessitant des soins quotidiens assurés par sa mère et son compagnon depuis plusieurs années, une ingérence injustifiée dans le droit au respect de la vie familiale des requérants et, par là-même, une violation de l'art. 8 CEDH⁴¹⁵. Cet ACEDH met en évidence que le droit au respect de la vie familiale exige «la prise en compte des réalités tant biologiques que sociales, pour éviter une application mécanique et aveugle des dispositions de la loi»⁴¹⁶. Il a nécessité un arrêt de révision afin de rétablir le lien de filiation maternelle⁴¹⁷. Dans cet arrêt, le TF affirme que la CourEDH n'a pas remis en cause expressément le bien-fondé de l'art. 267 al. 2 aCC, qui avait entraîné la rupture du lien de filiation maternelle, après le constat de l'adoption par le beau-père seul, à défaut d'une règle dans le Code civil qui aurait permis l'adoption coparentale dans le cadre d'une union informelle. L'ACEDH Emonet a néanmoins suscité des discussions nourries en doctrine afin de déterminer son impact sur le droit civil⁴¹⁸. Une partie de la doctrine estimait que la condamnation était déterminée par les circonstances particulières du cas, alors que l'autre en déduisait à juste titre l'obligation de permettre l'adoption co-

414 ACEDH, Gas et Dubois c. France du 15 mars 2012, n° 25951/07, Recueil 2012-II, § 66 ss.

415 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03. Cet ACEDH a fait couler passablement d'encre, par ex.: HOTTELIER, Jusletter 2008; SCHÖBI, p. 99 ss; SCHÜRMMANN, p. 262 ss.

416 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 86.

417 TF, 5F_6/2008 du 18 juillet 2008, SJ 2009 I 53, révision de l'ATF 129 III 656.

418 PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 208 et réf. notes 124 s.; MEIER/STETTLER, N 323 note 699 et réf.

parentale aux couples non mariés⁴¹⁹. La CourEDH met en évidence que l'argument du Gouvernement suisse, «selon lequel l'institution du mariage garantit à la personne adoptée une stabilité accrue par rapport à l'adoption par un couple de concubins n'est plus forcément pertinent de nos jours»⁴²⁰. L'argument selon lequel il suffisait de se marier est également balayé par la CourEDH, laquelle établit qu'il n'appartient pas aux autorités nationales de se substituer aux personnes intéressées dans leur prise de décision sur la forme de vie commune qu'elles souhaitent adopter⁴²¹. Or, dès qu'une relation familiale est établie au sens de l'art. 8 CEDH, sans qu'il y ait besoin pour ce faire des circonstances particulières de l'affaire Emonet, l'impossibilité pour l'un des concubins d'adopter l'enfant de l'autre, étant donné la rupture du lien de filiation avec la mère, ne paraît pas conforme au droit au respect de la vie familiale. La révision du droit de l'adoption a mis fin positivement à cette controverse et offre un exemple de l'influence cardinale de la CEDH en droit civil.

De lege lata, la situation juridique n'est toutefois pas totalement satisfaisante. Alors même qu'une vie en commun de trois ans permet le dépôt d'une requête d'adoption le jour du mariage, l'adoption conjointe reste l'apanage exclusif des époux mariés conformément l'art. 264a al. 1 CC. L'art. 12 CEDH n'apparaît à cet effet d'aucun secours aux couples non mariés, le droit de fonder une famille ne les autorisant pas à en déduire un droit d'adopter sous une forme qui n'est pas prévue par la loi⁴²². L'art. 8 CEDH cumulé à l'art. 14 CEDH permet de critiquer le formalisme, à notre sens excessif, du législateur en droit civil, encore trop attaché à l'institution matrimoniale⁴²³. L'exigence du mariage comme condition à l'adoption ne satisfait plus aux réalités contemporaines. En hommage à l'osmose des modèles familiaux, l'avenir appartient à un droit de la famille indépendant du statut formel ou informel de l'union⁴²⁴.

Une double adoption, aux fins de contourner la loi, en procédant à une adoption différée dans le temps, reste envisageable. L'adoption par une personne

419 Dans ce sens: PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 208 et réf. notes 124 s. *Contra*: CONSEIL FÉDÉRAL, Message adoption, p. 900 implicitement; MEIER/STETTLER, N 323 note 699. Laissant la question ouverte: SCHÖBI, p. 105 s. HOTTELIER, Jusletter 2008, appelle les autorités judiciaires à mieux prendre en compte les exigences de la CEDH.

420 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 89 *in fine*. PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 200 et 207; HERTIG RANDALL, p. 135, le souligne également.

421 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 82.

422 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 92, se référant par analogie à l'ACEDH [GC], Johnston c. Irlande du 18 décembre 1986, n° 9697/82, Série A-112, § 51–54. Cf. *supra* C.II.2.

423 PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 213, 226 s. et FamPra.ch 2011 I, p. 335. Voir également: JUNGO *et al.*, Rapport 2021, N 61: l'état civil des parents d'un enfant n'est pas déterminant pour son bien.

424 PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 26 et réf. note 138. Pour un droit de la famille moderne, non fondé sur le statut: CREVOISIER/COTTIER, p. 292 ss; COTTIER, Impulsions, p. 184 ss; SCHWENZER, p. 1001.

seule selon l'art. 264b CC, suivie par l'adoption de l'enfant du partenaire de vie (art. 264c al. 1 ch. 3 CC), permet en effet *in fine* de réaliser une adoption conjointe, pourtant réservée aux couples mariés. Cette démarche, même planifiée, ne heurtera pas l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), l'autorité devant garder comme considération primordiale l'intérêt de l'enfant.

d. Adoption par une personne seule

Dans la mesure où le droit suisse autorise l'adoption par une personne seule, en principe célibataire (art. 264b CC), les autorités doivent veiller à respecter le principe de non-discrimination dans l'octroi de l'agrément en vue d'adopter un enfant⁴²⁵. En 2008, dans l'arrêt de Grande Chambre E.B. c. France, la CourEDH a admis la violation des art. 8 et 14 CEDH dans le refus d'agrément, opposé à une femme d'un couple de même sexe souhaitant adopter seule, refus motivé par l'absence de figure paternelle; l'influence décisive de l'orientation sexuelle dans le refus des autorités nationales n'est pas compatible avec la CEDH, qui est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles⁴²⁶.

Une différence de traitement fondée sur le sexe de la personne est également difficilement acceptable à la lumière des art. 8 et 14 CEDH. A cet effet, la jurisprudence du TF s'est montrée très exigeante envers les hommes demandant à adopter seuls, ne leur donnant, à notre connaissance, jamais gain de cause⁴²⁷. Le Code civil ne confère pas à l'adoption monoparentale un caractère exceptionnel, contrairement à la pratique suivant en cela la conception du Conseil fédéral⁴²⁸. L'adoption par une personne seule n'est toutefois pas considérée comme un mode d'adoption exceptionnel par la CourEDH⁴²⁹; une approche trop restrictive heurte la diversité des modèles familiaux sans motif particulièrement convaincant⁴³⁰.

e. Reconnaissance de l'adoption

Les autorités nationales sont limitées par la CEDH dans leur possibilité de refuser de reconnaître une adoption prononcée à l'étranger qui a donné naissance à

425 ACEDH, Schwizgebel c. Suisse du 10 juin 2010, n° 25762/07, Recueil 2010-V, § 74; ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02.

426 ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 49. Il s'agit d'un «revirement de jurisprudence», la CourEDH étant parvenue au résultat contraire en 2002, preuve du dynamisme de l'interprétation de la CEDH, apte à évoluer rapidement: ACEDH, Fretté c. France du 26 février 2002, n° 36515/97, Recueil 2002-I. Critiques: VANWINCKELEN, p. 574 ss; MEIER/STETTLER, N 313 note 681.

427 TF, 5A_207/2012 du 25 avril 2012; TF, 5A_881/2010 du 13 mai 2011.

428 CONSEIL FÉDÉRAL, Message adoption, p. 879, ne l'admet qu'à titre exceptionnel.

429 JAGGI, N 19 ss tire comme enseignement de l'ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, la condamnation de l'adoption par une personne seule comme mode d'adoption exceptionnel.

430 Cf. *supra* C.III.2.b.

une vie familiale effectivement vécue⁴³¹. Or, l'art. 78 al. 1 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)⁴³², qui détermine la compétence indirecte en matière de reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger hors CLaH93, est particulièrement rigide. Il n'autorise la reconnaissance que si l'adoption a été prononcée dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'adoptant ou des époux adoptants; la reconnaissance d'une adoption prononcée dans l'Etat de provenance de l'enfant n'est pas prévue.

Or, suivant les circonstances, la protection garantie par l'art. 8 CEDH à un rapport familial créé valablement à l'étranger et effectivement vécu impose la reconnaissance en Suisse⁴³³; tel est le cas en particulier lorsqu'il s'agit de reconnaître une adoption étrangère à titre préalable, notamment dans un procès en partage successoral⁴³⁴. La non-reconnaissance est choquante s'il est impossible de procéder à une nouvelle adoption en Suisse. L'art. 78 al. 1 LDIP ne doit alors pas faire obstacle à la reconnaissance et ne pas être appliqué; l'art. 8 CEDH prime.

5. Procréation médicalement assistée

La CourEDH a déduit de l'art. 8 CEDH le droit de recourir à l'insémination artificielle, partie du droit de devenir parent génétique⁴³⁵. En limitant ou interdisant certaines méthodes de PMA, l'Etat porte en conséquence atteinte aux droits fondamentaux des personnes dont les capacités de reproduction sont réduites. La jurisprudence de la CourEDH laisse une large marge d'appréciation aux Etats membres dans le domaine de la PMA, appelée à se restreindre en fonction du consensus des Etats⁴³⁶. Le risque d'abus, souvent invoqué en cette matière, ne constitue pas une raison suffisante pour interdire totalement certaines techniques de procréation, dès lors que leur utilisation peut être encadrée par des règles précises⁴³⁷. Il faut également prêter l'attention suffisante à l'inter-

431 Violation de l'art. 8 seul, et des art. 8 et 14 CEDH: ACEDH, Negrepointis-Giannis c. Grèce du 5 décembre 2013, n° 56759/08; ACEDH, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg du 28 juin 2007, n° 76240/01.

432 RS 291; LDIP du 18 décembre 1987, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989.

433 Dans ce sens: BUCHER, *Enfant*, N 297; PAPAUX VAN DELDEN, *Adoption*, p. 203. Lorsque l'enfant est confié par le biais d'une *kafala* de droit islamique, la CourEDH n'a pas admis qu'au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, une décision d'adoption plénière puisse être obtenue dans le pays d'accueil: ACEDH, Chbihi Loudoudi c. Belgique du 16 décembre 2014, n° 52265/10, § 98; ACEDH, Harroudj c. France du 4 octobre 2012, n° 43631/09.

434 ATF 134 III 467, JdT 2009 I 287 dans lequel l'adoption n'a pas été reconnue. Très critique: BUCHER, *PJA* 2008, p. 1585 ss.

435 ACEDH, Dickson c. Royaume-Uni du 4 décembre 2007, n° 10699/05, Recueil 2006-XI, § 78. LOMBARDINI/CAMBI, N 24 et 26; JUNGO *et al.*, *Rapport 2021*, N 69 se réfère à «l'autonomie reproductive» garantie par l'art. 8 CEDH. Cf. *supra* C.1.3 *ab initio*.

436 Dans ce sens: BÜCHLER, *Don d'ovules*, p. 10. Voir récemment: ACEDH, Lia c. Malte du 5 mai 2022, n° 8709/20, § 60. Sur les différentes méthodes de PMA existantes, classées en fonction de leur autorisation ou non en droit suisse: STEGMÜLLER, N 71 ss.

437 ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 77.

diction de la discrimination au sens de l'art. 14 en lien avec l'art. 8 CEDH, en particulier lorsque l'accès est limité par exemple en fonction du schéma familial ou du sexe des personnes concernées. Toute interdiction ouvre de surcroît les portes à un tourisme procréatif vers des pays plus libéraux. Or, la Constitution et la LPMA fixent des limites strictes à l'utilisation des techniques et à l'accès aux méthodes de médecine de la reproduction en Suisse.

a. Aspects choisis sous l'angle de la LPMA et de la CEDH

L'interdiction du don de sperme a été condamnée par le TF comme étant une restriction inadmissible à la liberté de procréer⁴³⁸. La LPMA a ainsi autorisé cette méthode en la limitant néanmoins aux couples mariés (art. 3 al. 3 LPMA) et à la condition que l'épouse soit apte à produire des ovules fécondables (cf. art. 4 LPMA *a contrario*); l'autorisation porte sur un don conforme à la LPMA.

Si la LPMA offre une reconnaissance juridique aux couples non mariés, qui ont accès à la procréation médicalement assistée, sans âge minimum attestant leur maturité, ni davantage d'années de vie commune censées accréditer la stabilité de leur mode de vie, les couples informels restent exclus de la méthode d'insémination hétérologue. Or, dans la mesure où la loi accorde des privilèges fondés sur l'état civil des bénéficiaires, la compatibilité de cette restriction avec la CEDH se pose pour les exclus sous l'angle de l'interdiction de la discrimination à la lumière de l'art. 14 CEDH combiné à l'art. 8 CEDH⁴³⁹. Comme un droit de recourir à l'insémination artificielle est admis, interdire l'accès au don de sperme aux couples non mariés nous paraît une atteinte disproportionnée; cet accès peut en effet être encadré par des règles précises, permettant de pallier l'absence d'établissement automatique de la paternité, fondée sur la présomption liée au mariage avec la mère, ce d'autant que la reconnaissance peut avoir lieu avant la naissance (art. 11 al. 2 OEC) et qu'il est possible de faire obstacle dans la LPMA à une action contestant la paternité en modifiant l'art. 23 al. 1 LPMA et l'art. 260a CC, afin d'y insérer une disposition similaire à l'art. 256 al. 3 CC. De surcroît, l'adoption par le partenaire de fait a été introduite à l'art. 264c al. 1 ch. 3 CC. Dans le cadre de l'adoption, la CourEDH a déjà mis en évidence que l'institution du mariage ne garantit pas une stabilité accrue par rapport à un couple de concubins et qu'il n'appartient pas aux autorités nationales de se substituer aux personnes intéressées dans leur prise de décision sur la forme de vie commune qu'elles souhaitent adopter⁴⁴⁰. Les juges de Strasbourg ont de surcroît très tôt admis que la famille «naturelle» est protégée par l'art. 8 CEDH

438 ATF 119 Ia 460, JdT 1995 I 586, confirmant et complétant l'ATF 115 Ia 234, JdT 1991 I 194. AMSTUTZ/GÄCHTER, N 11.

439 PAPAUX VAN DELDEN, *Osmose*, p. 263 ss.

440 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 89 *in fine*. PAPAUX VAN DELDEN, *Adoption*, p. 200 et 207; sur l'absence de lien entre état civil des parents et bien de l'enfant: JUNGO *et al.*, *Rapport 2021*, N 61, voir également: HK FMedG-BÜCHLER/CLAUSEN, art. 3 N 80, critiques. Cf. *supra* D.II.4.c.

au même titre que la famille «classique»⁴⁴¹. Or, les arguments du TF selon lesquels il se justifie d'accorder, au nom de la protection du bien de l'enfant, le privilège de l'insémination hétérologue à l'institution du mariage, car il est d'intérêt public de contenir le nombre des enfants privés de père légal à la naissance, sont obsolètes⁴⁴². Aujourd'hui, cette restriction aux droits des couples non mariés et le privilège accordé au mariage qui en découle ne s'avèrent pas proportionnels. La limitation aux couples est par ailleurs aussi discutable, alors que l'adoption par une personne seule est admise.

L'ouverture du mariage aux partenaires de même sexe permettra aux couples de femmes mariées d'avoir accès au don de sperme, dès le 1^{er} juillet 2022, sans qu'une modification de la LPMA ne soit nécessaire. Il a suffi que l'interprétation du terme «stérilité» au sens de l'art. 119 al. 2 let. c Cst. soit également comprise dans le sens d'une «stérilité sociale»⁴⁴³. Il est aujourd'hui admis que le bien de l'enfant, à l'origine de l'exclusion des couples de femmes du don de sperme⁴⁴⁴, ne dépend pas de la constellation familiale, et en particulier du sexe des parents, mais de la qualité de la relation entre les parents et l'enfant⁴⁴⁵. Or, l'interdiction du don de sperme pour les femmes dans une relation *de facto* avec un homme ou une femme est maintenue. La discrimination des couples privilégiant une union non formalisée subsiste legement en droit suisse, comme il vient d'être démontré.

En outre, même au sein d'un couple marié, les enfants, qui naîtront grâce à un don de sperme à l'étranger ou à un don de sperme privé, ne bénéficieront pas de l'établissement de la filiation avec la deuxième mère dès la naissance, à défaut d'un don de sperme conforme aux dispositions de la LPMA selon l'art. 255a al. 1 CC⁴⁴⁶. C'est au nom du droit fondamental de l'enfant à connaître son ascendance que le Conseil fédéral le justifie, argument peu convaincant⁴⁴⁷. A défaut de reconnaissance de maternité ou d'action en maternité, toutes deux inconnues du droit suisse, seule l'adoption permettra d'établir le lien de filiation, étant précisé qu'une séparation des mères avant l'introduction de la procédure d'adoption fera obstacle à celle-ci à défaut d'un ménage

441 ACEDH [GC], Johnston c. Irlande du 18 décembre 1986, n° 9697/82, Série A-112; ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31. LOMBARDINI/CAMBI, N 28. Cf. *supra* C.1.3.a.

442 ATF 115 Ia 234, c. 6c, à noter qu'il s'agit d'un *obiter dictum*, JdT 19911 194. LOMBARDINI/CAMBI, N 28.

443 Cf. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 30 août 2019, FF 2019 8127, 8141. CREVOISIER/COTTIER, p. 303; JUNGO *et al.*, Rapport 2021, N 28. Pour la Modification du Code civil du 18 décembre 2020 (Mariage pour tous): FF 2020 9607.

444 CONSEIL FÉDÉRAL, Message LPMA, p. 244.

445 COTTIER, Impulsions, p. 160 et réf. note 230; JUNGO *et al.*, Rapport 2021, N 95.

446 Sur l'interprétation de ces termes: COTTIER, Filiation, p. 384 s.; GAY, N 30 ss; LÖTSCHER, p. 661.

447 Critique: COTTIER, Impulsions, p. 160 s. et réf. note 236 au CONSEIL FÉDÉRAL, Initiative parlementaire Mariage civil pour tous. Rapport du 30 août 2019 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national. Avis du Conseil fédéral FF 2020 1223, 1226; Prises de position de la Conseillère fédérale KARIN KELLER-SUTTER, BO CN 2020, 889 s., 2414 s., BO CE 2020, 1110 s., 1114.

commun entre le parent juridique et le parent adoptif au sens de l'art. 264c al. 2 CC⁴⁴⁸. L'enfant sera alors dépourvu d'un deuxième lien de filiation, pourtant décisif pour assurer sa sécurité juridique. Il perd un parent juridique, responsable de son entretien, et ne fait pas partie du cercle des héritiers légaux; il n'est pas assuré que l'enfant puisse continuer à vivre avec le parent survivant, en cas de prédécès du parent juridique⁴⁴⁹. Il faut constater que l'enfant est ainsi désavantagé de par sa naissance, sur la base du statut de ses parents, de leur sexe et orientation sexuelle. Or, seules des raisons particulièrement convaincantes et solides peuvent justifier de telles différences de traitement au regard des art. 14 et 8 CEDH; elles ne nous paraissent pas réalisées⁴⁵⁰.

Quant au don d'ovules, il s'agit d'une des pratiques totalement interdites par l'art. 4 LPMA, ce qui doit être analysé à la lumière de la CEDH. L'interdiction faite à deux couples stériles d'avoir recours au don de sperme et d'ovules en vue d'une fécondation *in vitro* n'a pas été jugée contraire à la Convention dans un arrêt de Grande Chambre rendu en 2011⁴⁵¹. La CourEDH a néanmoins mis en exergue dans le cadre de l'observation de l'art. 8 § 2 CEDH que «le domaine en cause, qui paraît se trouver en perpétuelle évolution et connaît des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides, appelle un examen permanent de la part des États contractants»⁴⁵². Or, cet arrêt a plus de 10 ans et l'interdiction du don d'ovules peut être critiquée au regard de l'art. 8 CEDH, interprété à la lumière des conditions qui prévalent aujourd'hui⁴⁵³. Il n'existe pas de raison objectivement fondée permettant de justifier l'inégalité de traitement entre le don de sperme et le don d'ovule⁴⁵⁴; la conformité aux art. 14 combiné à l'art. 8 CEDH n'est ainsi pas réalisée et l'interdiction absolue apparaît comme une mesure disproportionnée par rapport au but de protection de la donneuse contre les abus et une éventuelle exploitation. Cette interdiction ne trouve de surcroît pas de fondement dans la Constitution, l'art. 119 Cst. étant muet à ce sujet. Le Conseil fédéral propose d'ailleurs de discuter de la levée de cette interdiction dans son rapport sur la modernisation du droit de la famille et des initia-

448 ATF 126 III 412, c. 2a, la séparation ou le divorce du couple après le dépôt de la requête d'adoption devrait permettre à celle-ci d'aboutir, si tel est l'intérêt de l'enfant. REUSSER, p. 439.

449 CREVOISIER/COTTIER, p. 304 ss.; COTTIER, Impulsions, p. 183; MEIER, RDT 2001, p. 61 ss.; STEGMÜLLER, N 894 ss.

450 Dans ce sens à la lumière de la CDE: COTTIER, Impulsions, p. 183, absence de circonstances objectives et raisonnables pour justifier ces inégalités de traitement. Cf. *supra* C.III.2.b.

451 ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, qui a renversé l'ACEDH du 1^{er} avril 2010, lequel avait retenu une violation de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH dans la prohibition de la fécondation *in vitro* avec don de gamètes.

452 ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 118, la CourEDH refusant, cf. § 120, d'examiner l'affaire séparément sous l'angle de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH.

453 Dans un sens similaire: BÜCHLER, Don d'ovules, p. 10. *Contra* en 2016: COTTIER/WYTTENBACH, p. 89.

454 Dans ce sens: HK FMedG-BÜCHLER/CLAUSEN, art. 4 N 14 et réf. notes 45 et 47; BÜCHLER, Don d'ovules, p. 27; RUMO-JUNGO, p. 848.

tives parlementaires vont dans ce sens, le Conseil national ayant donné son feu vert à une motion de commission le 17 mars 2022⁴⁵⁵.

La modification de la LPMA, levant l'interdiction du diagnostic préimplantatoire dans la loi (cf. art. 5a LPMA) et modifiant également l'art. 119 Cst., a permis au droit civil de se conformer à l'art. 8 CEDH⁴⁵⁶. L'interdiction faite à un couple porteur d'une maladie génétique de recourir au diagnostic préimplantatoire dans le cadre d'une fécondation *in vitro* a en effet été jugée contraire à la Convention⁴⁵⁷. Le refus de l'accès aux tests génétiques prénataux lorsqu'il y a une forte probabilité d'une anomalie chez le fœtus constitue en outre une violation de l'art. 8 CEDH⁴⁵⁸.

L'utilisation des ovules imprégnés et embryons *in vitro* est interdite après le décès de l'un des membres du couple conformément à l'art. 3 al. 5 LPMA, à l'instar de l'utilisation des gamètes d'une personne décédée, sauf s'agissant des spermatozoïdes provenant de donneurs de sperme ce que prévoit l'art. 3 al. 4 LPMA depuis le 1^{er} septembre 2017; l'art. 8 CEDH ne paraît pas pouvoir être invoqué à l'appui d'une fécondation *post-mortem*⁴⁵⁹. En outre, du vivant des intéressés, un droit de révocation leur est garanti par la loi (art. 15 al. 3 et 16 al. 3 LPMA); la réactivation des embryons conservés et des ovules imprégnés est également subordonnée au consentement du couple (art. 5b al. 2 LPMA). La CourEDH a admis que la loi nationale pouvait permettre au donneur de révoquer son consentement à l'implantation d'ovules fécondés, ce même s'il s'agissait des derniers embryons congelés de la mère avant l'ablation de ses ovaires⁴⁶⁰.

b. Gestation pour autrui

La maternité de substitution est expressément interdite par l'art. 119 al. 2 let. d Cst., confirmé à l'art. 4 LPMA. Pratiquée valablement à l'étranger, elle pose la question de la reconnaissance en Suisse des liens juridiques créés entre l'enfant et les parents d'intention, ce que l'article constitutionnel précité ne prohibe pas⁴⁶¹.

455 CONSEIL FÉDÉRAL, Modernisation, p. 39. Initiative parlementaire Christ (21.421). Légaliser enfin le don d'ovules en Suisse! déposée au CN le 17 mars 2021; Initiative parlementaire Neiryneck (12.487), Autoriser le don d'ovules, déposée le 4 décembre 2012 au CN. HK FMedG-BÜCHLER/CLAUSEN, art. 4 N 18 ss sur les efforts faits au niveau politique; BÜCHLER/SCHMUCKI, p. 11, pessimistes quant à une évolution prochaine.

456 Loi fédérale du 12 décembre 2014, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2017 (RO 2017 3641; FF 2013 5253). CONSEIL FÉDÉRAL, Message art. 119 Cst. et LPMA, p. 5313, note 115 faisant état de l'ACEDH, Costa et Pavan c. Italie du 28 août 2012, n° 54270/10, qui n'était pas encore définitif à ce stade (la demande de renvoi à la Grande Chambre a été rejetée). JUNOD, sur les implications de cet ACEDH sur le droit suisse; PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 103.

457 ACEDH, Costa et Pavan c. Italie du 28 août 2012, n° 54270/10. Sur le débat en Suisse: MEIER/STETTLER, N 264 note 567 et réf.

458 ACEDH, R.R. c. Pologne du 26 mai 2011, n° 27617/04, Recueil 2011-III.

459 Dans ce sens: MEIER/STETTLER, N 262 note 556.

460 ACEDH [GC], Evans du c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, n° 6339/05, Recueil 2007-I, rendu à une majorité de 13 contre 4. GALLUS; SCHORNO.

461 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport maternité de substitution, p. 29 ss.

L'influence de la jurisprudence de Strasbourg est déterminante en la présente matière, oeuvrant comme guide des tribunaux nationaux.

La résolution des questions juridiques posées par la GPA met un accent particulier sur le droit à la connaissance des origines et sur le lien de filiation biologique. La jurisprudence de la CourEDH a fait une place cardinale à la réalité biologique. Ainsi, le refus de reconnaître un couple comme les parents d'un enfant né d'une GPA, faite à l'étranger mais illégale dans le pays de résidence, ne constitue pas une violation de l'art. 8 CEDH alors qu'aucun des membres du couple n'a de lien biologique avec l'enfant; si les liens entre eux constituent une «vie familiale», la décision des autorités nationales de ne pas reconnaître un lien de filiation juridique repose sur une base légale suffisante en droit interne et, étant donné les efforts déployés par les autorités pour maintenir cette vie familiale, la CourEDH conclut que l'Islande a agi dans les limites de sa marge d'appréciation⁴⁶². Les requérantes, devant la Cour, se sont appuyées explicitement sur le droit au respect de la vie familiale et ne se sont pas fondées sur le respect dû à la vie privée, ce qui est regrettable, la CourEDH ayant annoncé qu'elle pourrait être appelée à développer sa jurisprudence⁴⁶³. En la présente matière, le droit au respect de la vie privée concerne un autre aspect de la situation découlant d'une convention de GPA, à savoir le droit de l'enfant à la reconnaissance du lien juridique de filiation avec les parents d'intention⁴⁶⁴.

En effet, si le droit au respect de la vie familiale est respecté étant donné que les difficultés concrètes de la vie quotidienne n'ont pas rendu la vie familiale impossible, le droit au respect de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH des enfants nés d'une GPA est violé par le refus tant de la reconnaissance que de l'établissement en droit interne du lien de filiation créé valablement à l'étranger avec le père biologique d'intention⁴⁶⁵. L'analyse prend en conséquence un relief particulier lorsque l'un des parents d'intention est également le géniteur de l'enfant, le lien biologique ayant tout particulièrement reçu ses lettres de noblesse dans le cadre de la jurisprudence relative à la problématique de la GPA. Ainsi, la Grande Chambre de la CourEDH avait déjà conclu en 2017, contrairement à l'arrêt de Chambre du 27 janvier 2015, à l'absence de violation de

462 ACEDH, Valdís Fjölfnisdóttir et autres c. Islande du 18 mai 2021, n° 71552/17, § 56 ss et 75.

463 Opinion concordante, rassurante à notre sens, du juge LEMMENS, en particulier § 6 in: ACEDH, Valdís Fjölfnisdóttir et autres c. Islande du 18 mai 2021, n° 71552/17, sur le danger à ne plaider que la violation du droit au respect de la vie familiale. Voir l'Avis consultatif n° P16-2018-001, § 36 *in fine*.

464 Dans un sens comparable: ACEDH, A.M. c. Norvège du 24 mars 2022, n° 30254/18, § 127, non-violation de l'art. 8, et des art. 8 et 14 CEDH, les griefs examinés le sont sous l'angle exclusif des droits de la mère d'intention, qui ne peut représenter l'enfant, avec lequel elle n'a plus de contact en raison de l'opposition du père d'intention reconnu juridiquement, arrêté très dur envers la mère d'intention, avalisant sa position extrêmement précaire, cf. *in fine* l'opinion dissidente de la juge JELIĆ.

465 ACEDH [GC], Mennesson c. France du 26 juin 2014, n° 65192/11, Recueil 2014-III, § 92 ss, 100 s.; ACEDH, Labassee c. France du 26 juin 2014, n° 65941/11. Voir également: ACEDH, Foulon et Bouvet c. France du 21 juillet 2016, n°s 9063/14 et 10410/14. STEGMÜLLER, N 445 ss et 450 ss.

l'art. 8 CEDH dans une affaire dramatique portant sur le retrait et le placement d'un enfant né à l'étranger à la suite d'un contrat de GPA conclu par un couple, dont il a été ultérieurement constaté qu'il n'avait aucun lien biologique avec l'enfant⁴⁶⁶.

Selon la jurisprudence de la CourEDH, l'existence d'un lien génétique n'a toutefois pas pour conséquence que le droit au respect de la vie privée de l'enfant garanti par l'art. 8 CEDH requiert la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention par la voie spécifique de la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant⁴⁶⁷.

En 2020, la reconnaissance d'un lien de filiation entre un enfant né d'une GPA et sa mère d'intention génétique, donneuse de l'ovule à la mère porteuse, a été soumise à la CourEDH⁴⁶⁸. Entre-temps, la CourEDH avait rendu son premier Avis consultatif dans le contexte toutefois d'une tierce donneuse; elle y a mis en exergue deux principes au poids particulier: l'intérêt de l'enfant et la marge d'appréciation dont disposent les Etats⁴⁶⁹. Il en ressort que l'établissement du lien de filiation peut se faire par une autre voie que la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, par exemple par l'adoption de l'enfant par la mère d'intention; le choix des moyens pour permettre la reconnaissance du lien parent-enfant entre dans la marge d'appréciation des Etats, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁷⁰. L'affaire précitée de 2020 a permis d'établir qu'une durée moyenne pour une adoption plénière de 4.1 mois ne représente pas un fardeau excessif imposé à l'enfant, respectant les exigences de l'art. 8 CEDH⁴⁷¹; la question d'une discrimination quant aux modalités d'établissement de la filiation entre le père et la mère d'intention n'a pas pu être résolue, faute d'avoir été soulevée⁴⁷².

Compte tenu de l'importance dans la jurisprudence de la CourEDH accordée à l'existence d'un lien biologique entre le parent d'intention et l'enfant issu d'une GPA, il nous paraît douteux que la marge d'appréciation des Etats puisse permettre en vertu de l'art. 8, appliqué seul et/ou combiné avec l'art. 14 CEDH, la transcription de la filiation valablement établie à l'étranger à l'égard du père biologique d'intention alors que le lien de filiation avec la mère génétique d'in-

466 ACEDH [GC], *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 24 janvier 2017, n° 25358/12, Recueil 2017, § 157 et 195. STEGMÜLLER, N 460 ss.

467 ACEDH, D c. France du 16 juillet 2020, n° 11288/18, § 50 et 71.

468 ACEDH, D. c. France du 16 juillet 2020, n° 11288/18. Commenté par PAPAUX VAN DELDEN, *Mère*, p. 91 ss.

469 Avis consultatif n° P16-2018-001, § 37.

470 Avis consultatif n° P16-2018-001, § 51 et 55. ACEDH, D c. France du 16 juillet 2020, n° 11288/18, § 51 et 52.

471 ACEDH, D c. France du 16 juillet 2020, n° 11288/18, § 67. Voir également: CourEDH [déc.], C et E c. France du 12 décembre 2019, n° 1462/18 et 17348/18.

472 ACEDH, D c. France du 16 juillet 2020, n° 11288/18, § 81 s., il s'agit d'un nouveau grief devant la CourEDH, partant rejeté, cf. art. 35 § 1 CEDH.

tention exige de passer par la voie de l'adoption; c'est pourtant dans ce sens qu'a récemment tranché le TF⁴⁷³. L'application stricte du principe *mater semper certa est* va se heurter à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant sous l'angle de l'art. 8 CEDH et à l'importance prise par la réalité biologique, respectivement génétique; à notre sens, rattacher la maternité au seul acte charnel de l'accouchement ne paraît plus tenable⁴⁷⁴. L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas réalisé en le reliant artificiellement en droit et en fait à la mère porteuse, alors que la mère génétique, légalement reconnue comme sa mère juridique à l'étranger, est sa mère sociale⁴⁷⁵. La transcription de la mère d'intention génétique dans le registre suisse de l'état civil, à l'instar du père biologique d'intention, est en harmonie avec l'importance que la CourEDH et le Code civil suisse attachent à l'existence d'un lien génétique parents-enfant et avec la finalité de l'adoption, laquelle pallie en principe l'absence d'un tel lien.

Il ressort, à notre sens, des réponses apportées par la CourEDH dans son Avis consultatif que si la voie de l'adoption n'est pas ouverte, ou trop longue, ou que d'autres obstacles se dressent entre la mère d'intention et la reconnaissance du lien de filiation, il faut en conclure que les modalités prévues par le droit interne ne garantissent pas une effectivité et une célérité conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant; à défaut d'autre moyen pour établir le lien juridique de filiation, la seule solution consiste en la transcription de l'acte de naissance désignant la mère d'intention sur le registre de l'état civil, au demeurant qu'elle soit ou pas la mère génétique de l'enfant⁴⁷⁶. A défaut, le droit au respect de la vie privée de l'enfant n'est pas respecté.

Selon le TF, l'établissement d'un lien de filiation par le biais de l'adoption suffit en droit suisse pour satisfaire aux exigences de l'art. 8 CEDH à l'égard du parent non biologique⁴⁷⁷. La première affaire dans laquelle l'un des

473 TF, 5A_545/2020 du 7 février 2022, destiné à la publication. Critiqué par BUCHER, Jusletter 2022. GUILLOD/CHRISTINAT, p. 145, favorables à la transcription de l'acte de naissance étranger au registre de l'état civil, mais n'excluant pas – à juste titre – que le TF oblige la mère d'intention de passer par l'adoption; MEIER/STETTLER, N 284, très vraisemblablement le lien juridique avec la mère génétique d'intention devrait être reconnu à la lumière de la jurisprudence européenne. *Contra*: GAURON-CARLIN, p. 92 sur la base de la présomption irréfragable de l'art. 252 al. 1 CC.

474 PAPAUX VAN DELDEN, Mère, p. 95 et 97.

475 TF, 5A_545/2020 du 7 février 2022, destiné à la publication, fait suite à l'Arrêt du tribunal administratif du canton de Zurich du 14 mai 2020, VB.2019.00829, FamPra.ch 2020, p. 992, alors que sur recours, la Direction de la Justice et de l'Intérieur du canton de Zurich avait ordonné l'inscription des père et mère d'intention, ce qui était à saluer, mais le recours de l'Office fédéral de la Justice est admis afin que la mère porteuse soit inscrite, le registre devant mentionner les circonstances de la naissance. Cf. BUCHER, RSDIE 2021, p. 475 ss; PAPAUX VAN DELDEN, Mère, p. 97, note 47.

476 PAPAUX VAN DELDEN, Mère, p. 95.

477 Première affaire portée devant le TF par un couple de partenaires enregistrés, dont l'un est le parent génétique de l'enfant né d'une GPA en Californie: ATF 141 III 312, JdT 2015 II 351, critiques: BOILLET/DE LUZE, Jusletter 2015, N 8 ss et 13 ss; HOTZ, p. 1325 ss. Pour la seconde affaire concernant un couple marié, sans lien génétique avec l'enfant, renvoyé à la procédure

membres du couple partenariat n'était pas le parent génétique de l'enfant né d'une GPA valable à l'étranger, a été portée devant la CourEDH à raison; au temps de cet arrêt, en 2015, la procédure d'adoption de l'enfant du partenaire enregistré n'existait pas, celle-ci ayant été ouverte au 1^{er} janvier 2018 (art. 264c al. 1 ch. 2 CC), ce qui mettait tout particulièrement en cause la conventionnalité de cet arrêt au regard de l'art. 8 CEDH. De surcroît, en l'état du droit suisse, la célérité de la procédure d'adoption n'est à notre sens pas réalisée, compte tenu de l'exigence du lien nourricier d'un an (art. 264 al. 1 CC) et de la durée de la procédure, bien plus longue que 4 mois⁴⁷⁸. La procédure d'adoption présente de nombreux désavantages; elle est relativement lourde, dure plusieurs mois, voire plusieurs années, et implique des coûts financiers⁴⁷⁹. Le TF en est toutefois conscient et rappelle que l'autorité d'adoption est tenue de prendre une décision rapide et d'interpréter de manière généreuse et pragmatique les conditions du droit de l'adoption afin de satisfaire aux exigences de la CEDH en matière de GPA⁴⁸⁰.

Il faut enfin relever la position extrêmement précaire de la mère d'intention qui doit passer par une procédure d'adoption et qui est dans l'intervalle à la merci du père biologique d'intention, reconnu juridiquement. Il y a un total décalage des pouvoirs entre les parents d'intention, que la CourEDH n'a récemment pas réparé, ni au regard de l'art. 8, ni sous l'angle des art. 14 et 8 CEDH combinés⁴⁸¹. Qu'en droit suisse, la séparation des parents ne permette plus de déposer une requête d'adoption et fasse obstacle à l'établissement du lien de filiation ne semble ainsi pas devoir heurter les droits de la mère définitivement écartée juridiquement; il pourra lui rester le droit de faire valoir des relations personnelles en tant que tiers, auquel la CourEDH s'est montrée sensible à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 274a CC)⁴⁸². La question reste ouverte de savoir si écarter ainsi la mère d'intention d'une reconnaissance légale

d'adoption: ATF 141 III 328, JdT2016II 179; en détail sous le filtre de la CEDH: MEIER/STETTLER, N 282; STEGMÜLLER, N 693 ss. Jurisprudence confirmée: TF, 5A_317/2016 et 5A_324/2016 du 1^{er} décembre 2016. La discussion était déjà nourrie en Suisse avant que des affaires ne soient portées devant le TF, cf. CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport maternité de substitution, se distançant des avis favorables à la reconnaissance des actes étrangers des enfants nés de GPA, cf. BÜCHLER/BERTSCHI, p. 42 ss.

478 PAPAUX VAN DELDEN, Mère, p. 95 s. sur les obstacles à l'adoption, et p. 97. Dans ce sens également: BUCHER, RSDIE 2019, p. 323 et RSDIE 2021, p. 478, favorable à l'engagement d'un processus législatif en vue d'une adoption allégée; CR LDIP-BUCHER, art. 70 N 7. *Contra*: GAURON-CARLIN, p. 89.

479 Le dénonçant également: GAY, N 27; LÖTSCHER, p. 665. CREVOISIER/COTTIER, p. 292 ss relèvent la disparité des pratiques, la procédure pouvant durer de 1 an à 18 mois et plus selon les cantons.

480 TF, 5A_545/2020 du 7 février 2022, destiné à la publication, c. 8.5.

481 ACEDH, A.M. c. Norvège du 24 mars 2022, n° 30254/18, § 71, critiqué par la juge JELIĆ, opinion dissidente, § 44 ss.

482 ATF 147 III 209, c. 5.2; TF, 5A_520/2021 du 12 janvier 2022, c. 5. ACEDH, Callamand c. France du 7 avril 2022, n° 2338/20; refus au nom de l'intérêt de l'enfant in: ACEDH, Honner c. France du 12 novembre 2020. Cf. *supra* D.II.1.

en tant que parent, si de surcroît elle est également la mère génétique de l'enfant, est compatible avec le droit de l'enfant à connaître son identité, et plus largement les circonstances de sa venue au monde, ce dont nous doutons. Toute analyse de la résolution d'un cas concret doit porter sous l'angle de l'intérêt supérieur de l'enfant. A cet effet, il est à noter que récemment la CourEDH a relativisé dans le contexte de la GPA l'importance du lien biologique, cette réalité devant s'effacer face à l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque l'une et l'autre ne concordent pas⁴⁸³.

6. *Droits parentaux*

Les droits parentaux couvrent un domaine très large dont nous limiterons l'examen au droit le plus emblématique de la qualité de parent: l'autorité parentale. Le partage de cette responsabilité tend à augmenter les cas d'enlèvement international d'enfants.

a. *Autorité parentale*

Les questions liées au partage de l'autorité parentale ont été soumises aux juges de Strasbourg et offrent une riche perspective de l'influence de la CEDH en droit de la famille. Dans l'ACEDH Zaunegger c. Allemagne en 2009, suivi par l'ACEDH Sporer c. Autriche en 2011, la CourEDH a constaté une inégalité de traitement au sens des art. 14 et 8 CEDH pour les couples non mariés par rapport aux couples mariés et divorcés, étant donné l'impossibilité pour le père d'une enfant née hors mariage d'obtenir l'autorité parentale conjointe sans le consentement de la mère⁴⁸⁴. Un examen au fond sous l'angle de l'intérêt de l'enfant est indispensable. Or, avant la modification du droit de l'autorité parentale, le droit suisse était mis en cause indirectement, étant donné que le partage de l'autorité parentale par le père non marié exigeait une requête commune, et partant l'accord de la mère, seule détentrice de cette autorité dès la naissance (art. 298a al. 1 aCC). La position de la CourEDH obligeait le législateur à modifier le Code civil⁴⁸⁵. Le Conseil fédéral a en conséquence proposé le 16 novembre 2011 que l'autorité parentale conjointe devienne la règle, indépendamment de l'état civil des parents, l'attribution à un seul parent n'intervenant que si le bien de l'enfant le commande (art. 298 al. 1, art. 298b al. 2 et même art. 298c CC dans le cadre de l'action en paternité)⁴⁸⁶. La réforme a été

483 ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 61 se référant à l'ACEDH Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012, n° 45071/09, sur le refus légitime des autorités nationales d'autoriser deux pères présumés à contester la paternité d'un autre homme.

484 ACEDH, Zaunegger c. Allemagne du 3 décembre 2009, n° 22028/04; ACEDH, Sporer c. Autriche du 3 février 2011, n° 35637/03.

485 LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 1367; MEIER, ACEDH Zaunegger, p. 246 ss; SÜNDEHAUF/WIDRIG, p. 900.

486 CONSEIL FÉDÉRAL, Message Autorité parentale, p. 8337 et 8349 sur l'impact de la CEDH.

acceptée par le Parlement le 21 juin 2013 et est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014⁴⁸⁷.

La question était discutée de l'impact des arrêts de la CourEDH s'agissant du parent divorcé, dont les conditions pour l'octroi de l'autorité parentale conjointe étaient identiques à celles du père non marié, avec également l'exigence du dépôt d'une requête commune (art. 133 al. 3 aCC). La doctrine soutenait que les conséquences de la jurisprudence strasbourgeoise devaient s'étendre aux parents divorcés afin d'éviter une «véritable discrimination (à rebours) entre parents non mariés séparés et parents mariés en instance de divorce»⁴⁸⁸. Les autorités d'application étaient tenues entre-temps de corriger ce vice du droit suisse en examinant, à chaque fois qu'un parent en faisait la requête, si l'autorité parentale conjointe pouvait être instituée malgré l'opposition de l'autre parent⁴⁸⁹. Seule une interprétation *contra legem* du Code civil permettait de respecter les exigences posées par la Convention. Des juridictions cantonales sont allées dans ce sens, concluant que le traitement inégal des pères selon leur état civil constituait une violation de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH⁴⁹⁰.

Après avoir refusé d'appliquer la jurisprudence Zaunegger au parent divorcé, le TF a laissé la question ouverte, l'arrêt consacrant ce refus étant pendant devant la CourEDH⁴⁹¹; l'influence de la jurisprudence de Strasbourg est ici particulièrement intéressante, notre Haute Cour annonçant l'existence d'une procédure pendante dans la motivation de ses jugements. La question de la possibilité d'imposer l'autorité parentale conjointe au parent qui n'en voulait pas selon le droit suisse antérieur au 1^{er} juillet 2014 est en conséquence montée jusqu'à Strasbourg⁴⁹². Si la CourEDH a donné en partie raison au TF, elle ne s'est néanmoins pas prononcée sur la compatibilité de l'art. 133 al. 3 aCC à l'art. 8 CEDH, étant donné que l'intérêt de l'enfant pouvait justifier en l'espèce le refus du partage de l'autorité parentale, ce d'autant que l'instruction avait été approfondie⁴⁹³. Sous l'angle de l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 8 CEDH, la CourEDH a constaté que le requérant n'avait pas été traité différemment des pères d'enfants nés hors mariage et a limité alors son analyse sous l'angle d'un traitement différencié basé sur le sexe; or, père et mère étaient placés sur un

487 RO 2014 357; FF 2013 4229.

488 LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N1368; MEIER, ACEDH Zaunegger, p. 256 et FamPra.ch 2012, p. 285 ss en détail sur les conséquences de l'ACEDH Zaunegger en droit suisse; PAPAU VAN DELDEN, Familles, p. 37 et réf. note 198.

489 MEIER, ACEDH Zaunegger, p. 246 ss et FamPra.ch 2012, p. 287; PAPAU VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 336 et Plaidoyer 2014, p. 32. *Contra* à la lumière de l'ACEDH, Buchs c. Suisse du 27 mai 2014, n° 9929/12; BLEICKER, p. 5, réservant toutefois des «cas particuliers».

490 AppGer BS du 12 avril 2011, RMA 2011, p. 430; KGer SG du 22 septembre 2011, BF.2010.52.

491 TF, 5A_420/2010 du 11 août 2011, c. 3.2, refusant d'appliquer la jurisprudence Zaunegger au parent divorcé et objet du recours devant la CourEDH, puis TF, 5A_196/2013 du 25 septembre 2013, c. 4.3; TF, 5A_779/2012 du 11 janvier 2013, c. 4.2.

492 ACEDH, Buchs c. Suisse du 27 mai 2014, n° 9929/12. BLEICKER; MEIER, RMA 2014, p. 304 s.

493 ACEDH, Buchs c. Suisse du 27 mai 2014, n° 9929/12, § 55. MEIER, RMA 2014, p. 304, le regrette.

ped d'égalité dans la procédure matrimoniale, les deux parents étant en droit de s'opposer à l'attribution de l'autorité parentale conjointe⁴⁹⁴.

Il faut rappeler que la jurisprudence strasbourgeoise n'a pas vocation à examiner de manière générale et abstraite le caractère compatible ou non de la législation aux droits et libertés que la Convention garantit, mais qu'elle a pour mission de trancher un cas particulier à la lumière des circonstances concrètes. Il n'en demeure pas moins que le principe en faveur d'une autorité parentale conjointe peut être déduit de l'art. 8 CEDH et s'impose au législateur de droit civil et aux autorités d'application. La Suisse a été l'un des derniers pays européens à instituer le principe général de l'autorité parentale conjointe (art. 296 al. 2 CC)⁴⁹⁵. Aucun automatisme n'est toutefois de rigueur et les autorités nationales peuvent être amenées à renoncer au partage de l'autorité parentale suite à la rupture des liens familiaux entre un parent et son enfant de manière conforme à l'art. 8 CEDH⁴⁹⁶.

L'autorité parentale peut être retirée au titre de mesure de protection de l'enfant d'*ultima ratio* (art. 311 et 312 CC), dans le strict respect du principe de la proportionnalité garanti par l'art. 8 CEDH, car le retrait du droit de déterminer la résidence de l'enfant au sens de l'art. 310 CC pour placer l'enfant peut suffire à le protéger, sans aller jusqu'au retrait de l'autorité parentale⁴⁹⁷. Les principes généraux applicables aux mesures de protection de l'enfance sont exposés dans l'arrêt rendu en 2019 par la Grande Chambre dans l'affaire Strand Lobben⁴⁹⁸. La nécessité d'adapter les mesures de protection, consacrée à l'art. 313 al. 1 CC, découle également du respect de l'art. 8 CEDH⁴⁹⁹. A notre sens, l'art. 313 al. 2 CC, selon lequel l'autorité parentale ne peut pas être rétablie avant un an à compter de son retrait, n'est pas conforme à l'art. 8 CEDH⁵⁰⁰; il ne doit pas être appliqué.

494 ACEDH, Buchs c. Suisse du 27 mai 2014, n° 9929/12, § 69 et 72.

495 CONSEIL FÉDÉRAL, Message Autorité parentale, p. 8334 ss; LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 1369.

496 ACEDH, Ilya Lyapin c. Russie du 30 juin 2020, n° 70879/11, non-violation de l'art. 8 CEDH dans le retrait de l'autorité parentale d'un père séparé de manière volontaire et prolongée de son enfant qui s'est intégré depuis son plus jeune âge dans la nouvelle famille de sa mère.

497 Pour retirer l'autorité parentale, il faut un motif supplémentaire tel qu'une maladie psychique, une infirmité, une faiblesse intellectuelle ou l'incapacité de participer à l'éducation donnée à l'enfant par des tiers en raison d'absences sans possibilité de contacts réguliers: TF, 5A_140/2008 du 9 juillet 2008, c. 3.1; TF, 5C.284/2005 du 31 janvier 2006, c. 3.1.

498 ACEDH [GC], Strand Lobben et autres c. Norvège du 10 septembre 2019, n° 37283/13, § 202–213. Voir également: ACEDH [GC], Abdi Ibrahim c. Norvège du 10 décembre 2021, n° 15379/16, § 145 avec de nombreuses réf.; ACEDH, Petrov et X. c. Russie du 23 octobre 2018, n° 23608/16, § 98–102.

499 ACEDH, R.V. et autres c. Italie du 18 juillet 2019, n° 37748/13, violation de l'art. 8 CEDH compte tenu du suivi insuffisant des autorités sur les mesures de placements «provisaires» successifs sur plus de 10 ans.

500 LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 1964; PAPAU VAN DELDEN, Placement, p. 233 s.

b. Enlèvement international d'enfants

Les liens entre le respect des droits parentaux et l'enlèvement international d'enfant sont intrinsèques. Or, la jurisprudence de la CourEDH fondée sur l'art. 8 CEDH a un impact important sur l'application de la CLaH80, laquelle règle exclusivement les aspects de l'enlèvement de l'enfant relevant du droit civil⁵⁰¹.

aa. But de la CLaH80

Le but principal de la CLaH80 vise à assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans un Etat contractant (art. 1 let. a CLaH80), soit en violation d'un droit de garde, exercé de façon effective, et attribué par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant ledit déplacement ou non-retour (art. 3 let. a et b CLaH).

Sans statuer sur le fond du droit de garde (art. 16 et 19 CLaH80), le retour de l'enfant doit être ordonné sans délai, si les conditions de la CLaH80 sont remplies et qu'aucune exception au retour selon les art. 12, 13 et 20 CLaH80 n'est applicable. L'interprétation de l'opposition au retour fondée sur «un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable» (art. 13 al. 1 let. b CLaH) est à l'origine d'une jurisprudence nourrie⁵⁰². Elle est soumise à une certaine dynamique du fait des changements intervenus dans la perception du besoin de protection de l'enfant en tant que sujet de droit. Il existe en effet une tension entre l'optique de prévention des enlèvements, qui tend à une interprétation très exceptionnelle du risque grave⁵⁰³, et une optique qui met davantage l'accent sur l'évaluation de la situation et surtout sur l'intérêt de l'enfant dans le cas particulier⁵⁰⁴. Placer véritablement l'intérêt supérieur de l'enfant au centre des considérations revient à donner moins d'importance au fait que la personne ayant enlevé l'enfant a commis un acte illicite et blâmable⁵⁰⁵.

501 RS 0.211.230.02; CLaH80 du 25 octobre 1980, ratifiée par la Suisse le 11 octobre 1983 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1984. Sur les liens entre la CEDH et la CLaH80: CR LDIP-BUCHER, art. 85 LDIP N 225 s., 251 ss, 293; RIETIKER, p. 385 ss.

502 TF, 5A_954/2021 du 3 janvier 2022, c. 5; TF, 5A_605/2019 du 4 septembre 2019, c. 3.1.1; TF, 5A_936/2016 du 30 janvier 2017, c. 6.3.1; TF, 5A_479/2012 du 13 juillet 2012, c. 5.1, SJ 2013 I 29; TF, 5A_583/2009 du 10 novembre 2009, c. 4, SJ 2010 I 151.

503 Le TF applique très restrictivement ce motif de refus du retour, par ex.: TF, 5A_305/2017 du 19 mai 2017, c. 6; TF, 5A_913/2010 du 4 février 2011, c. 5.

504 Pour des ex. où tant l'autorité cantonale que le TF admettent l'exception au retour: TF, 5A_437/2021 du 8 septembre 2021; TF, 5A_643/2020 du 11 septembre 2020, c. 5. BUCHER, RSDIE 2021, p. 481 s et RSDIE 2022, p. 240 ss.

505 RIETIKER, p. 404 s., relève la mise à l'écart de l'aspect «punitif» sous-jacent à la CLaH80.

bb. Enseignements tirés de l'art. 8 CEDH

L'attention nécessaire doit être portée à la jurisprudence de la CourEDH, régulièrement saisie de requêtes concernant l'enlèvement international d'enfants et à laquelle la Suisse a largement contribué⁵⁰⁶. Les obligations positives que l'art. 8 CEDH fait peser sur les Etats en matière de réunion d'un parent à son enfant doivent s'interpréter à la lumière des instruments existants, et en particulier de la CLaH80. La CourEDH souscrit à la philosophie sous-jacente à la CLaH80, inspirée par la protection de l'enfant, impliquant de revenir au plus vite au *statu quo ante* en vue d'éviter la consolidation juridique de situations de fait initialement illicites et de laisser les questions relatives au droit de garde et à l'autorité parentale à la compétence des juridictions du lieu de résidence habituelle de l'enfant⁵⁰⁷. Si les objectifs de prévention et de retour immédiat répondent ainsi à une conception déterminée de l'intérêt supérieur de l'enfant, celle-ci n'implique pas que le retour soit ordonné de façon automatique ou mécanique⁵⁰⁸.

Dans un ACEDH de Grande Chambre Neulinger et Shuruk condamnant la Suisse en 2010 dans l'éventualité de la mise en exécution de l'arrêt du TF ordonnant le retour de l'enfant, les juges de Strasbourg ont mis en exergue l'importance de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant en obligeant l'Etat refuge à procéder à un examen «approfondi» de l'ensemble de la situation familiale et d'une série d'éléments, d'ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical notamment, afin de déterminer si les juridictions nationales ont procédé à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun, avec le souci constant de déterminer quelle est la meilleure solution pour l'enfant enlevé dans le cadre d'une demande de retour dans son pays d'origine⁵⁰⁹. Dans la mesure où cette analyse sérieuse et circonstanciée est

506 ACEDH, S.N. et M.B.N. c. Suisse du 23 novembre 2021, n° 12937/20; ACEDH, Gajtani c. Suisse du 9 septembre 2014, n° 43730/07; ACEDH, Rouiller c. Suisse du 22 juillet 2014, n° 3592/08; ACEDH [GC], Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010, n° 41615/07, Recueil 2010-V; ACEDH, Carlson c. Suisse du 6 novembre 2008, n° 49492/06, § 69, pour un résumé des principes élaborés par la CourEDH dans les affaires portant sur l'enlèvement d'un enfant; ACEDH, Bianchi c. Suisse du 22 juin 2006, n° 7548/04. RIETIKER, p. 389, relève que les affaires d'enlèvement d'enfants sont en constante augmentation dans la jurisprudence de la CourEDH; GOUTTENOIRE, RTDH 2016.

507 ACEDH [GC], X c. Lettonie du 26 novembre 2011, n° 27853/09, Recueil 2013-VI, § 35 et 95; ACEDH, Maumousseau et Washington c. France du 6 décembre 2007, n° 39388/05, § 69; ACEDH, Carlson c. Suisse du 6 novembre 2008, n° 49492/06, § 74.

508 CS-GONIN/BIGLER, art. 8 CEDH N 83.

509 ACEDH [GC], Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010, n° 41615/07, Recueil 2010-V, § 139, cf. TF, 5A_285/2007 du 16 août 2007. ALFIERI, p. 86, relève qu'il s'agit de l'ACEDH le plus marqué pour son approfondissement du principe de l'intérêt de l'enfant, sans toutefois remettre en cause l'interprétation restrictive du motif de refus selon l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80; DUREL, Enlèvement, p. 141 s. N 18 ss, comparant l'approche beaucoup plus centrée sur l'intérêt de l'enfant de la CourEDH par rapport à la jurisprudence de la CJUE; DE VRIES, p. 712.

dictée par l'intérêt de l'enfant, il ne s'agit pas d'un changement de direction de la CourEDH⁵¹⁰.

Suite à de nombreuses critiques, la CourEDH a précisé les obligations découlant de l'art. 8 CEDH dans un nouvel arrêt de Grande Chambre condamnant la Lettonie en 2013. Elle établit que l'art. 8 CEDH fait peser sur les autorités internes une obligation procédurale particulière dans le cadre de l'examen de la demande de retour de l'enfant. Les juges doivent, non seulement examiner les allégations défendables de «risque grave» pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances concrètes; tant un refus de tenir compte d'objections au retour susceptibles de rentrer dans le champ d'application des art. 12, 13 et 20 CLaH80, qu'une insuffisance de motivation de la décision rejetant de telles objections, sont contraires aux exigences d'un examen «effectif» au sens de l'art. 8 CEDH, mais également au but et à l'objet de la CLaH80⁵¹¹. Comme l'a noté le Juge Pinto de Albuquerque dans son opinion concordante, «l'arrêt Neulinger et Shuruk est sain et sauf» et il est admis que les «principes Neulinger» sont devenus jurisprudence⁵¹². L'examen «approfondi», devenu «effectif»⁵¹³, de l'ensemble de la situation familiale doit toutefois se conjuguer avec la nécessaire célérité de la procédure en matière d'enlèvement⁵¹⁴. En résumé, la motivation des juridictions internes ne doit pas être automatique et stéréotypée, par hypothèse fondée sur une conception mécanique du concept de retour immédiat, mais suffisamment circonstanciée au regard des exceptions consacrées par la CLaH80, dont il est admis de jurisprudence constante qu'elles doivent

510 Dans ce sens: ALFIERI, p. 86 s.; RIETIKER, p. 411. Sur les discussions au niveau international et l'intervention du Président de la CourEDH amené à expliciter les considérations de cet ACEDH: KÜNG, p. 71 ss.

511 ACEDH [GC], X c. Lettonie du 26 novembre 2011, n° 27853/09, Recueil 2013-VI, § 105 – clarifiant le § 139 de l'ACEDH [GC] Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010, n° 41615/07, Recueil 2010-V – cf. également § 104 ss, 118 sur le caractère effectif de l'examen requis. ACEDH adopté à une courte majorité de 9 voix contre 8, cf. CR LDIP-UCHER, art. 85 LDIP N 251b *in fine*, relevant que les juges minoritaires partagent les principes généraux de l'arrêt, cf. § 2 de l'opinion dissidente commune; MEIER, RMA 2014, p. 115, souscrivant aux opinions dissidentes, car les juges majoritaires n'auraient pas saisi l'essence d'une procédure de retour, alors qu'aucun élément ne faisait obstacle au retour; voir également: BEAUMONT *et al.*, p. 48.

512 CR LDIP-UCHER, art. 85 LDIP N 251a *ab initio*. Par ex: ACEDH, S.N. et M.B.N. c. Suisse du 23 novembre 2021, n° 12937/20, § 107 sur l'importance du premier renvoi par le TF – cf. TF, 5A_162/2019 du 24 avril 2019 – à l'autorité cantonale pour nouvelle instruction approfondie sur les éventualités d'un retour en Thaïlande; ACEDH, Y.S. et O.S. c. Russie du 15 juin 2021, n° 17665/17, violation de l'art. 8 CEDH pour ne pas avoir pris en compte de manière suffisamment motivée le risque grave du retour de l'enfant dans une zone de conflit (Donetsk en Ukraine); à cet effet déjà: ACEDH, Raban c. Roumanie du 26 octobre 2010, n° 25437/08.

513 BEAUMONT *et al.*, p. 43 ss sur la portée potentielle de ce changement d'adjectif.

514 ACEDH, M.V. c. Pologne du 1^{er} avril 2021, n° 16202/14, violation de l'art. 8 CEDH pour la durée déraisonnable de la procédure; ACEDH, Bianchi c. Suisse du 22 juin 2006, n° 7548/04, violation de l'art. 8 CEDH pour la passivité des autorités et partant la durée de la procédure, cumulée à la non-exécution des décisions judiciaires ordonnant le retour de l'enfant. DE VRIES, p. 711.

être d'interprétation stricte⁵¹⁵. Seule une telle base permet d'assurer le contrôle européen confié à la CourEDH, laquelle n'a pas vocation à se substituer aux autorités nationales compétentes⁵¹⁶.

Les juges doivent enfin s'assurer que des garanties adéquates sont déployées de manière convaincante dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant dans lequel le retour est ordonné, et, en cas de risque avéré, que des mesures de protection concrètes y sont prises⁵¹⁷. Le risque de subir des violences domestiques est grave; il ne suffit pas de laisser aux autorités de l'Etat dans lequel le retour est ordonné le soin d'agir en cas de nouveaux abus, la relation de confiance mutuelle entre les autorités de protection de l'enfance des Etats de l'Union européenne ne signifiant pas l'obligation d'ordonner le retour⁵¹⁸. Il faut également prêter l'attention nécessaire au risque du «double retour»; il est en effet contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant d'ordonner son retour auprès d'un parent qui est incapable de prendre soin de lui, et confier l'enfant à une institution publique dans l'Etat d'origine ne peut être envisagé lorsque le parent ravisseur est apte à s'en occuper⁵¹⁹. L'obligation procédurale d'un examen effectif de toute allégation défendable de «risque grave» exigeant une motivation circonstanciée est aujourd'hui acquise et exige le cas échéant de solliciter des observations sur la situation de l'enfant en cas de retour⁵²⁰.

La non-exécution d'une décision définitive ordonnant le retour de l'enfant peut également entraîner la violation de l'art. 8 CEDH⁵²¹. Les autorités de l'Etat requis dans lequel une décision ordonnant le retour de l'enfant est entrée en force doivent en effet procéder à l'exécution, le cas échéant en recourant à des mesures coercitives, en particulier à l'encontre du parent dont le comportement est manifestement illégal⁵²². L'usage de la force publique ne doit toutefois pas

515 ACEDH, Rouiller c. Suisse du 22 juillet 2014, n° 3592/08, § 73; ACEDH [GC], X c. Lettonie du 26 novembre 2011, n° 27853/09, Recueil 2013-VI, § 107 *in fine*; ACEDH, Maumousseau et Washington c. France du 6 décembre 2007, n° 39388/05, § 73.

516 ACEDH, S.N. et M.B.N. c. Suisse du 23 novembre 2021, n° 12937/20, § 100; ACEDH [GC], Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010, n° 41615/07, Recueil 2010-V, § 141.

517 ACEDH [GC], X c. Lettonie du 26 novembre 2011, n° 27853/09, Recueil 2013-VI, § 108.

518 ACEDH, O.C.I. et autres c. Roumanie du 21 mai 2019, n° 49450/17, violation de l'art. 8 CEDH par l'ordre de retour des enfants auprès de leur père sans tenir compte du risque de violences domestiques.

519 TF, 5A_990/2019 du 21 janvier 2020, consid. 5.1.3. Voir également: BUCHER, RSDIE 2017, p. 241 s., critiquant le TF, 5A_936/2016 du 30 janvier 2017, qui admet le recours et ordonne le retour immédiat des deux enfants en Angleterre.

520 ACEDH, Phostira Efthymiou et Ribeiro Fernandes c. Portugal du 5 février 2015, n° 66775/11, § 42 sur l'exigence d'un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale, et § 48 s., la carence des autorités portugaises à se renseigner sur la situation à Chypre, pays de retour de l'enfant, entraînant la violation de l'art. 8 CEDH, cf. § 54.

521 ACEDH, Makhmudova c. Russie du 1^{er} décembre 2020, n° 61984/17; ACEDH, M.R. et D.R. c. Ukraine du 22 mai 2018, n° 63551/13; ACEDH, Ignaccolo-Zenide du 25 janvier 2000, n° 31679/96, Recueil 2000-I.

522 ACEDH [GC], Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010, n° 41615/07, Recueil 2010-V, § 140; ACEDH, Maumousseau et Washington c. France du 6 décembre 2007, n° 39388/05,

entraîner une situation intolérable pour l'enfant; il faut admettre que l'intérêt supérieur de l'enfant s'oppose en règle générale à ce que des mesures coercitives soient prises à son encontre, ce d'autant qu'il peut parfois commander que l'enfant ne soit pas séparé du parent ravisseur⁵²³. Au final, une obligation seulement limitée de recourir à la coercition en la présente matière est à la charge des autorités nationales⁵²⁴. Le fait que le retour ait été décidé n'exclut de surcroît pas un nouvel examen lorsque des éléments pertinents ont subi une modification notable, compte tenu de l'intérêt de l'enfant⁵²⁵. Au contraire, pour juger du respect l'art. 8 CEDH, il faut se placer au moment de l'exécution de la décision de retour, et tenir compte des développements intervenus depuis la décision nationale de dernière instance.

Prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant implique également de le faire participer au processus décisionnel par le biais de son audition et de la nomination d'un représentant, afin que l'enfant puisse faire entendre sa voix dans la procédure de retour⁵²⁶. Le retour forcé d'un enfant à la maturité suffisante pour s'y opposer constitue une atteinte à ses droits fondamentaux. Le seul fait de la manipulation des enfants ne suffit au demeurant pas à ne pas tenir compte de leur opinion⁵²⁷. Il s'agit toutefois d'un avis et non d'un droit de veto, qui entre dans la pesée de l'ensemble des intérêts en présence, la CourEDH n'interprétant pas l'art. 13 § 2 CLaH80 comme accordant à l'enfant capable de discernement un droit de veto sur son retour⁵²⁸.

§ 83; ACEDH, Raw et autres c. France du 7 mars 2013, n° 10131/11, § 80; ACEDH, Maire c. Portugal du 26 juin 2003, n° 48206/99, Recueil 2003-VII, § 76.

523 ACEDH, Raw et autres c. France du 7 mars 2013, n° 10131/11, § 80 *in fine* et 81, l'art. 8 CEDH exigeant également que l'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant comprenne l'observation des relations entre les membres d'une fratrie; ACEDH, Ignaccolo-Zenide c. Roumanie du 25 janvier 2000, n° 31679/96, Recueil 2000-I, § 106.

524 ACEDH, Raw et autres c. France du 7 mars 2013, n° 10131/11, § 80 *in fine*; ACEDH, Ignaccolo-Zenide c. Roumanie du 25 janvier 2000, n° 31679/96, Recueil 2000-I, § 94.

525 ACEDH [GC], Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010, n° 41615/07, Recueil 2010-V, § 145 et 151. CR LDIP-BUCHER, art. 85 LDIP N 300; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 293.

526 ACEDH, N.Ts. et autres c. Géorgie du 2 février 2016, n° 71776/12. Le représentant a en particulier la possibilité de demander que soit investiguée la situation de l'enfant en cas de retour, cf. ALFIERI, p. 178 s., critiquant le TF, 5A_880/2013 du 16 janvier 2014, dans lequel les tribunaux ont renoncé à une tentative de médiation, à la nomination d'un représentant à l'enfant et à l'audition de ce dernier. GRABENWARTER/PABEL, p. 331 N 48.

527 ACEDH, N.Ts. et autres c. Géorgie du 2 février 2016, n° 71776/12, § 81–84, l'attitude hostile des enfants à l'égard de leur père, nourrie par la famille de la mère décédée, représentait un danger potentiel pour leur santé psychique, de sorte qu'il fallait tenir compte de leur refus du retour pour protéger leur intérêt supérieur. *Contra*: TF, 5A_229/2015 du 30 avril 2015, c. 5.1 et 5.3. Premier arrêt dans lequel le refus d'une demande de retour est fondé sur l'opposition de l'enfant: TF, 5A_709/2016 du 30 novembre 2016; BUCHER, RSDIE 2017, p. 230 ss.

528 ACEDH, Blaga c. Roumanie du 1^{er} juillet 2014, n° 54443/10, § 80, violation de l'art. 8 CEDH pour avoir accordé un poids trop important à l'avis des enfants étant précisé que seul un des enfants était âgé de plus de 11 ans; ACEDH, Gajtani c. Suisse du 9 septembre 2014, n° 43730/07, § 110, non-violation de l'art. 8 CEDH pour n'avoir pas pris en compte le refus catégorique de l'enfant âgé de 11 ans et demi, sur la base de son audition et d'une motivation circonstanciée.

En conclusion, la jurisprudence strasbourgeoise illustre en la présente matière son rôle d'uniformisation de l'interprétation de la CLaH80 et de mise en œuvre de la CDE, en particulier par le biais de la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant, principe cardinal en matière d'enlèvement d'enfants.

cc. Analyse de la jurisprudence fédérale à la lumière de la jurisprudence de la CourEDH

Lorsque l'enfant est emmené en Suisse, en sus de la CLaH80, la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants (LF-EEA)⁵²⁹ s'applique. Suite à l'ACEDH Neulinger et Shuruk contre la Suisse, le TF, saisi d'une demande de révision, l'a déclarée irrecevable, l'art. 13 LF-EEA permettant de demander la modification d'une décision ordonnant le retour de l'enfant lorsque les circonstances ont changé de manière déterminante depuis la décision de renvoi; il s'agit d'une voie ordinaire qui l'emporte car elle permet d'obtenir une situation conforme à l'arrêt de la CourEDH⁵³⁰.

Le TF s'est, dans un premier temps, mépris sur la portée de l'ACEDH X c. Lettonie en l'interprétant comme un renversement de la jurisprudence rendue dans l'ACEDH Neulinger et Shuruk contre la Suisse en 2010; il établit à tort qu'il suffisait, dans le cadre du mécanisme de la CLaH80, que les juridictions nationales examinent et motivent succinctement les éléments plaidant en faveur du retour de l'enfant dans le pays de provenance, ainsi que les motifs invoqués d'exclusion au rapatriement de l'enfant⁵³¹. Dans un second temps, le TF a quelque peu ajusté son interprétation de la jurisprudence de la CourEDH⁵³². Néanmoins, ultérieurement, en se fondant curieusement et de manière contradictoire exclusivement sur l'ACEDH Neulinger et Shuruk contre la Suisse, il est revenu à la suffisance d'un examen succinct des allégations de risque grave et de leur motivation⁵³³. Ce caractère limité de principe de l'examen n'est pas en harmonie avec la jurisprudence de la CourEDH⁵³⁴.

Que l'intérêt de l'enfant soit la considération principale doit de surcroît encore imprégner la jurisprudence fédérale et sa compatibilité aux exigences de l'art. 8 CEDH interroge sous cet angle également; plusieurs critères sont appli-

529 RS 211.222.32; LF-EEA du 21 décembre 2007, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2009.

530 ATF 137 III 332, c. 2.4, JdT 2011 II 248, le TF s'est fondé sur la non-remise en cause de son arrêt 5A_285/2007 du 16 août 2007, puisque seule sa mise en exécution entraînerait une violation de l'art. 8 CEDH.

531 TF, 5A_880/2013 du 16 janvier 2014, c. 5.1.2. Critiques: ALFIERI, note 510 et p. 174 s; BUCHER, PJA 2014, p. 569. Sur la jurisprudence de Strasbourg, cf. *supra* D.II.6.b/bb.

532 TF, 5A_246/2014 du 28 avril 2014, c. 3.1; TF, 5A_936/2016 du 30 janvier 2017, c. 4.1.2.

533 TF, 5A_936/2016 du 30 janvier 2017, c. 4.1.2 et réf. *in fine*, tout en relevant à juste titre qu'il appartient aux autorités d'établir l'existence ou l'absence d'un risque grave, cf. c. 6.3.3. Voir également: TF, 5A_305/2017 du 19 mai 2017, c. 4, sur l'absence d'exigence d'un examen approfondi de la situation complète.

534 Dans ce sens également: ALFIERI, p. 175; BUCHER, PJA 2014, p. 56 s.

qués systématiquement de manière trop stricte⁵³⁵. Ainsi, n'entrer en matière en aucune manière sur l'éventuelle incapacité éducative du parent requérant, en particulier en cas de refus de la personne de référence de l'enfant de rentrer avec celui-ci dans l'Etat de l'ancienne résidence habituelle, peut mettre en danger l'enfant lors de son retour⁵³⁶. Selon la jurisprudence constante, le critère du retour intolérable dans le pays d'origine concerne l'enfant lui-même et non les parents⁵³⁷. Cette approche est également trop intransigeante, car le caractère intolérable du retour pour la personne de référence de l'enfant peut se répercuter sur ce dernier et rendre le retour de l'enfant inéligible; même lorsque le parent ravisseur crée lui-même une situation intolérable pour l'enfant en refusant de le raccompagner, l'intérêt de l'enfant doit rester une considération primordiale⁵³⁸.

Il faut enfin faire usage de la collaboration internationale et de la communication judiciaire directe pour déterminer concrètement la situation de l'enfant en cas de retour. Le Conseil fédéral, dans son message, souligne à cet effet que pour pouvoir statuer sur la demande de retour, le tribunal compétent doit avoir une connaissance aussi complète que possible des conditions d'accueil qui attendent l'enfant, ce qui devrait mener le juge à enquêter par exemple sur les futures conditions d'hébergement⁵³⁹. L'intérêt supérieur de l'enfant eu égard à son environnement familial doit en outre être pris en considération⁵⁴⁰; l'intégration dans le nouveau pays de séjour peut, le cas échéant, rendre le retour vers le pays d'origine inexigible⁵⁴¹.

Il existe en conclusion une marge de mise en conformité de la jurisprudence fédérale à celle de la CourEDH en matière d'enlèvement international d'enfants.

535 Voir également: ALFIERI, p. 174 ss.

536 L'exclusion des motifs liés aux capacités éducatives des parents est reprise systématiquement dans la jurisprudence: TF, 5A_990/2019 du 21 janvier 2020, c. 5.1; TF, 5A_121/2018 du 23 mai 2018, c. 5.3.

537 TF, 5A_954/2021 du 3 janvier 2022, c. 5.3.2; TF, 5A_605/2019 du 4 septembre 2019, c. 4.1.1 *in fine*; TF, 5A_584/2014 du 3 septembre 2014, c. 6.2.2.

538 DUREL, DroitMatrimonial 2014, p. 8, ne partageant pas l'avis du TF, 5A_584/2014 du 3 septembre 2014, c. 6.3.2; GRABENWARTER/PABEL, p. 331 N 48.

539 CONSEIL FÉDÉRAL, Message CLaH80, p. 2467. Si les autorités suisses ne sont pas habilitées à donner des instructions aux autorités étrangères, cf. TF, 5A_246/2014 du 28 avril 2014, une intervention par le biais de l'autorité centrale est envisageable, cf. TF, 5A_27/2011 du 21 février 2011; voir également: TF, 5A_437/2021 du 8 septembre 2021, c. 3, refus d'ordonner le retour de l'enfant étant donné le manque de collaboration des autorités américaines.

540 Dans ce sens: TF, 5A_643/2020 du 11 septembre 2020, c. 5.2.2.1 et 6.2, approuvant la Cour cantonale pour avoir pris en considération «l'intérêt supérieur de l'enfant eu égard à son environnement familial».

541 *Contra*: TF, 5A_954/2021 du 1^{er} mars 2022, c. 5.4. Critique sur la base de la jurisprudence de la CourEDH: CR LDIP-BUCHER, art. 85 LDIP N 251c.

III. Nom

La jurisprudence de Strasbourg est très dense en matière de protection de la personnalité. Nous nous limiterons à une analyse du droit du nom, tout en relevant qu'en matière de droit de la personnalité, la Suisse a été condamnée en 2014 pour violation de l'art. 6 CEDH en ayant opposé la prescription aux prétentions formulées par la famille d'une personne décédée dans le courant des années 70 suite à son exposition régulière à l'amiante; l'ACEDH Howald Moor a entraîné la modification du Code des obligations sur le droit de la prescription relatifs aux dommages corporels⁵⁴².

1. Historique du droit du nom à la lumière de la CEDH

La CourEDH qualifie la promotion de l'égalité de traitement entre hommes et femmes d'objectif essentiel des Etats membres du Conseil de l'Europe et combat une conception patriarcale de la famille⁵⁴³. Le nom, en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, fait partie de la vie privée et familiale et entre dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH⁵⁴⁴. La CourEDH a même reconnu que le nom, en tant qu'élément d'individualisation principal d'une personne au sein de la société, appartient au noyau dur des considérations relatives au droit au respect de la vie privée et familiale⁵⁴⁵. Nom et prénom appartiennent aux droits de la personnalité, attributs essentiels de la personne humaine, œuvrant à la construction de l'individu. Les règles du Code civil mettent ainsi en œuvre les droits fondamentaux, en particulier le respect de l'identité personnelle d'un individu par le respect du nom⁵⁴⁶.

Le droit du nom est un domaine dans lequel la jurisprudence de la CourEDH est particulièrement riche et la Suisse y a directement contribué. Elle a ainsi été condamnée en 1994 pour violation de l'art. 8 CEDH combiné avec l'art. 14 CEDH en raison du refus opposé au mari de faire précéder le nom de la famille de son patronyme, alors que le droit suisse reconnaissait ce

542 ACEDH, Howald Moor du 11 mars 2014, n° 52067/10. Loi fédérale du 15 juin 2018 (Révision du droit de la prescription), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020 (RO 2018 5343; FF 2014 221).

543 ACEDH, Cusan et Fazzo c. Italie du 7 janvier 2014, n° 77/07. FIERENS, p. 701 ss. Sur les obligations positives de l'Etat en matière de nom: ACEDH, Leyla Can c. Turquie du 18 juin 2019, n° 43140/08, § 28; ACEDH, Göztim c. Turquie du 20 janvier 2015, n° 4789/10, § 44 et 46. Sur l'impact de la jurisprudence de la CourEDH: KRÄHENBÜHL, p. 153 ss.

544 ACEDH, Burghartz c. Suisse du 22 février 1994, n° 16213/90, Série A 280-B, § 24; ACEDH, Stjerna c. Finlande du 25 novembre 1994, n° 18131/91, Série A 299-B, § 37. Voir également: CourEDH [déc.], Mentzen c. Lettonie du 7 décembre 2004, n° 71074/01, Recueil 2004-XII, qui insiste sur l'applicabilité de l'art. 8 CEDH tant sous l'angle de la «vie privée» que sous celui de la «vie familiale»; CourEDH [déc.], G.M.B. et K.M. c. Suisse du 27 septembre 2001, n° 36797/97.

545 ACEDH, Kismoun c. France du 5 décembre 2013, n° 32265/10, § 36; ACEDH, Losonci Rose et Rose c. Suisse du 9 novembre 2010, n° 664/06, § 51.

546 ATF 143 III 3, JdT 2017 II 468, c. 3.4.1.

droit aux épouses⁵⁴⁷. Cet ACEDH rendait une correction du Code civil indispensable. Le Conseil fédéral a réagi en modifiant l'ordonnance sur l'état civil par une adjonction dès le 1^{er} juillet 1994, afin de permettre au mari ayant pris pour nom de famille celui de son épouse de le faire précéder de son patronyme⁵⁴⁸. La législation se caractérisait par une discrimination des époux consacrée dans le Code civil et par un problème de hiérarchie des normes, l'OEC corrigeant dès 1994 un texte de rang supérieur, empiétant sur les compétences du législateur. Toutefois, ce dernier échoua en date du 22 juin 2001 à intégrer le contenu de l'ordonnance dans le Code civil⁵⁴⁹.

Dès 2004, il convenait en outre de tenir compte de l'arrêt Ünal Tekeli de la CourEDH qui déclarait comme injustifiée, au regard de l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 8, la discrimination entre hommes et femmes découlant de l'exigence du port d'un nom de famille commun aux époux⁵⁵⁰. Or, le droit suisse, identique au droit turc, était également contraire aux exigences de la CEDH⁵⁵¹. Une révision plus importante de la loi, que ce qui aurait suffi en 1994, était donc inéluctable et condamnait toute approche minimaliste. Les difficultés du législateur à trouver un consensus a entraîné une nouvelle condamnation de la Suisse en 2010, en raison du traitement discriminatoire dont avaient été victimes les époux au regard du choix de leur nom⁵⁵².

Le nom est le domaine dans lequel la mise en œuvre de la jurisprudence de la CourEDH a rencontré le plus d'obstacles, compte tenu des difficultés du Parlement à parvenir à trouver une solution satisfaisante⁵⁵³. Il faudra attendre le 1^{er} janvier 2013 pour que les dispositions légales concernant le nom des personnes physiques respectent l'égalité des sexes⁵⁵⁴. Il faut de surcroît constater qu'il s'agit d'une égalité formelle qui ne se réalise pas dans la pratique⁵⁵⁵; bien que les femmes mariées ne soient plus obligées de prendre le nom de leur mari, près de trois quarts des épouses le font⁵⁵⁶. Le législateur doit en conclusion encore s'interroger.

547 ACEDH, Burghartz c. Suisse du 22 février 1994, n° 16213/90, Série A 280-B. AEMISEGGER, N 93 ss; CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 4 ss.

548 Introduction de l'art. 177a dans l'OEC, complétant l'art. 30 al. 2 aCC, cf. BADDELEY, p. 614.

549 BO CN 2001 949. La pierre d'achoppement a été la détermination du nom de l'enfant, cf. CR CC-PAPAUX VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270 N 4.

550 ACEDH, Ünal Tekeli c. Turquie du 16 novembre 2004, n° 29865/96, Recueil 2004-X, § 68. Cet arrêt revient sur la décision de la CourEDH dans l'affaire G.M.B. et R.M. c. Suisse du 27 septembre 2001, n° 36797/97, dans laquelle l'obligation de choisir un nom de famille commun (§ 2) avait été jugée conforme à la CEDH.

551 ATF 136 III 168, c. 3.3.1, le TF le reconnaissant expressément. AEMISEGGER, N 95.

552 ACEDH, Losonci Rose et Rose c. Suisse du 9 novembre 2010, n° 664/06. MARGUÉNAUD, RTDH 2011.

553 HERTIG RANDALL, p. 134, notant que le TF n'a pas non plus remédié à la situation contraire à la CEDH; MALINVERNI, Modifications, p. 390.

554 Loi fédérale du 30 septembre 2011 (Nom et droit de cité), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013 (RO 2012 2569; FF 2009 6843 6851).

555 CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 24, 38 et 64.

556 Office fédéral de la statistique, Statistique du choix du nom de famille, 1998–2020, 1.6.2021: <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/mariages-partenaires-divorces>.

2. *Nom des époux*

Selon l'art. 160 al. 1 CC, chacun des époux conserve son nom; les fiancés choisissent alors lequel de leurs deux noms de célibataire leurs enfants porteront, pouvant être libérés de cette obligation dans des «cas dûment motivés» par l'officier de l'état civil à teneur de l'art. 160 al. 3 CC. Les fiancés peuvent toutefois déclarer à cet officier vouloir porter un nom de famille commun, à savoir le nom de célibataire de l'un ou de l'autre conformément à l'art. 160 al. 2 CC.

La loi ne précise pas les conséquences dans l'hypothèse du refus de choisir des fiancés qui gardent leur nom respectif, par ailleurs solution légale par défaut, ou de désaccord sur le nom à attribuer aux enfants. L'officier de l'état civil peut surseoir à la conclusion du mariage ou accorder une dispense du choix; son pouvoir est toutefois limité par le droit fondamental au mariage consacré à l'art. 12 CEDH⁵⁵⁷. L'évaluation de la situation doit en outre respecter la sphère privée des fiancés, protégée par l'art. 8 CEDH; l'officier ne peut pas exiger des détails intimes ou des preuves documentées, comme des rapports médicaux sur l'infertilité⁵⁵⁸. *In fine* à notre sens, une interprétation très large s'impose des «cas dûment motivés» au sens de l'art. 160 al. 3, 2^e phr. CC, le refus de choisir devant suffire⁵⁵⁹: l'absence de choix ne saurait devenir un obstacle prohibitif au mariage sans violer l'essence même de l'art. 12 CEDH.

Le législateur a accordé ses lettres de noblesse au nom de célibataire⁵⁶⁰. Or, la transmissibilité du seul nom de célibataire et l'impossibilité de revenir à un nom acquis par mariage (cf. art. 119 CC) soulèvent des questions à l'égard de la protection de la personnalité des personnes concernées (art. 28 CC) et de leur droit au respect de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH⁵⁶¹. Le lien avec un nom abandonné il y a de longues années peut avoir été remplacé par un attachement fort à un nom acquis par mariage, éventuellement partagé avec des enfants, ce même après la dissolution de cette union⁵⁶². Le processus de l'auto-identification par le nom est un processus continu, qui concerne dans la réalité sociale surtout les femmes, auxquelles l'art. 160 CC ne permet pas de se décider en fonction de leur identité propre et la question de sa compatibilité aux droits fondamentaux se pose. Il est soutenu en doctrine que l'art. 160 al. 2 CC ne procède pas d'un intérêt public prépondérant, ne respecte pas le principe de pro-

assetdetail.17444379.html. CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 134 ss pour les motifs.

557 CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 77 s. et réf.

558 MEIER/STETTLER, N 833, refusant toutefois le libre choix de faire ou non la déclaration sans autre motif «peu conciliable avec le (certes malheureux) texte légal».

559 CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 78 s. et réf. La pratique apparaît à juste titre souple, cf. Directive OFEC 32.1, 5.4, p. 11: «[l]a déclaration des fiancés qui ne veulent pas choisir ce nom est suffisante».

560 CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 36 ss sur le rôle spécial du nom de célibataire dans le droit actuel.

561 CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 38 et 72.

562 LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 194 s.

portionnalité et est, en conséquence, contraire à l'art. 8 CEDH; la possibilité pour les époux d'être autorisés à porter le nom actuel de l'un d'eux acquis lors d'un mariage antérieur par le biais d'une requête en changement de nom fondée sur l'art. 30 al. 1 CC ne peut qu'être une solution intermédiaire jusqu'à la modification de l'art. 160 CC⁵⁶³. Il est préconisé que les autorités de l'état civil acceptent, en attendant une mise en conformité de l'art. 160 al. 2 CC avec l'art. 8 CEDH, une déclaration des fiancés de porter le nom acquis lors d'un mariage antérieur de l'un d'eux⁵⁶⁴.

L'influence de l'art. 8 CEDH s'étend à la requête en modification du nom au sens de l'art. 30 CC. En cette matière, dans laquelle les autorités nationales jouissent d'une large marge d'appréciation, la CourEDH admet que des motifs peuvent amener une personne à vouloir changer de nom, mais conçoit des restrictions légales dans l'intérêt public, en particulier aux fins de relier une personne à une famille⁵⁶⁵. Les autorités nationales doivent examiner le bien-fondé d'un motif affectif lié à une demande de changement de nom⁵⁶⁶. C'est ainsi à juste titre que dans la compréhension des «motifs légitimes» d'un changement de nom au sens de l'art. 30 CC entre la composante subjective de la motivation du requérant, ce qui n'était pas reconnu antérieurement⁵⁶⁷. Il n'en demeure pas moins que cette voie, permettant de faire barrage au nom de célibataire, nécessite une procédure, le versement d'émoluments et un nouveau changement de nom après la célébration du mariage, soit autant d'obstacles qui sont problématiques au regard du respect des droits fondamentaux⁵⁶⁸. De même, l'époux qui souhaite reprendre un autre nom que son nom de célibataire à la suite du divorce, contrairement à l'option que lui offre en tout temps l'art. 119 CC, doit faire valoir la composante subjective, émotionnelle de sa motivation, pour espérer l'emporter.

563 ComPra-BURGAT, art. 160 CC N 5 s. Voir également: CR CC-BADDELEY/PAPAU VAN DELDEN, art. 160 N 39.

564 ComPra-BURGAT, art. 160 CC N 7.

565 ACEDH, Akta et Aslaniskender c. Turquie du 25 juin 2019, n^{os} 18684/07 et 21101/07, § 45; ACEDH, Stjerna c. Finlande du 25 novembre 1994, n^o 18131/91, Série A 299-B, § 38 s.

566 ACEDH, Kismoun c. France du 5 décembre 2013, n^o 32265/10. CR CC-PAPAU VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 21.

567 La modification de la pratique a été annoncée avant même l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013 du nouvel art. 30 CC, qui a remplacé la notion de «justes motifs» par celle de «motifs légitimes»: TF, 5A_730/2017 du 22 janvier 2018, c. 3, suivi de l'ATF 140 III 577, JdT 2015 II 319. LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 195.

568 CR CC-BADDELEY/PAPAU VAN DELDEN, art. 160 N 38 s. et N 99 ss sur le changement de nom légal.

3. *Nom de l'enfant*

Le nom de l'enfant et le droit des parents de décider du nom de leurs enfants entrent dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH⁵⁶⁹. Conformément à la jurisprudence de la CourEDH, les père et mère doivent pouvoir transmettre sur un pied d'égalité leur nom de famille respectif à leur enfant⁵⁷⁰. Le principe de l'égalité des sexes a ainsi guidé le législateur de 2013 également dans le domaine de la transmission du nom de l'enfant.

Toute réglementation en matière de nom et de prénom ne constitue pas nécessairement une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH⁵⁷¹. Ainsi, le refus des autorités suisses d'autoriser les parents à adopter un nom particulier pour leur enfant ne doit pas nécessairement être considéré comme une ingérence dans l'exercice de ce droit⁵⁷². De jurisprudence constante, la CourEDH reconnaît que la communauté dans son ensemble a un intérêt à maintenir un système cohérent de droit de la famille qui place l'intérêt supérieur de l'enfant au premier plan⁵⁷³. L'importance pour l'enfant d'être uni, par son nom, au nom de famille, et le maintien de l'unité de la famille trouvent ainsi un écho dans la jurisprudence de Strasbourg. Choisir le nom du mari en tant que nom de famille, alors que les parents auraient pu choisir le nom de l'épouse, n'entraîne ainsi pas une différence de traitement s'analysant en une discrimination⁵⁷⁴. Est en revanche discriminatoire, soit contraire aux art. 14 et 8 CEDH, la réglementation nationale qui ne permet en aucune manière à des parents mariés de donner à l'enfant le nom de la mère, alors que tel est leur souhait commun⁵⁷⁵.

La solution du droit suisse en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013 quant à la transmission du nom à l'enfant respecte en grande partie les exigences de la CEDH. Il n'apparaît pas discriminatoire que les parents mariés qui ont opté pour un nom commun, celui de célibataire du mari ou de l'épouse (art. 160 al. 2 CC), soit ensuite lié par ce choix lorsqu'ils ont un enfant (art. 270 al. 3 CC)⁵⁷⁶. Il en va de même du choix de l'un des noms de célibataire portés par

569 ACEDH, León Madrid c. Espagne du 26 octobre 2021, n° 30306/13, § 33; ACEDH, Cusan et Fazzo c. Italie du 7 janvier 2014, n° 77/07, § 56 s. En détail sur le nom de l'enfant à la lumière de la CEDH: CR CC-PAPAUX VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 14 ss.

570 ACEDH, Cusan et Fazzo c. Italie du 7 janvier 2014, n° 77/07. FIERENS, p. 701 ss.

571 ACEDH, Johansson c. Finlande du 6 septembre 2007, n° 10163/02, § 29; CourEDH [déc.], Mentzen c. Lettonie du 7 décembre 2004, n° 71074/01, Recueil 2004-XII.

572 CourEDH [déc.], G.M.B. et K.M. c. Suisse du 27 septembre 2001, n° 36797/97, refus de l'administration de donner à un enfant le nom de la mère alors que le nom de famille des époux est celui du père. CR CC-PAPAUX VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 15 s.

573 CourEDH [déc.], G.M.B. et K.M. c. Suisse du 27 septembre 2001, n° 36797/97, § 1; ACEDH [GC], X, Y et Z c. Royaume-Uni du 22 avril 1997, n° 21830/93, Recueil 1997-II, § 47.

574 CourEDH [déc.], G.M.B. et K.M. c. Suisse du 27 septembre 2001, n° 36797/97, § 2.

575 ACEDH, Cusan et Fazzo c. Italie du 7 janvier 2014, n° 77/07. CR CC-PAPAUX VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 18.

576 Dans ce sens également: MEIER/STETTLER, N 830 note 1977.

les parents (art. 160 al. 1 et 3 CC, art. 270 al. 1 et 2 CC, art. 270a al. 1 et 2 CC). En revanche, la situation dans laquelle l'enfant est amené à porter un nom différent de ceux de ses deux parents, mariés ou non, en raison de la transmissibilité du seul nom de célibataire, pose problème à la lumière de l'art. 8 CEDH. Un motif légitime de changement de nom au sens de l'art. 30 CC est réalisé et l'aboutissement d'une telle requête est un moyen de corriger le Code civil⁵⁷⁷; le TF s'est en effet déclaré incompétent pour changer la loi dans une telle hypothèse par le biais de l'interprétation⁵⁷⁸. Le droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant et des parents est en effet atteint par la discordance des noms, de manière injustifiée à notre sens.

a. Désaccord parental quant au choix du nom de l'enfant

Le législateur ne répond pas expressément à la question du désaccord parental quant au choix du nom de l'enfant; il faut recourir à l'autorité de protection de l'enfant pour décider du nom de l'enfant, solution qui paraît conforme à la CEDH⁵⁷⁹. L'APE doit veiller au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa décision et un choix mécanique du nom de l'un des parents, sans tenir compte de la situation spécifique, ne serait pas compatible avec l'art. 8 CEDH⁵⁸⁰. La transmission du nom de célibataire du parent qui s'occupe majoritairement de l'enfant devrait en règle générale correspondre à l'intérêt de l'enfant⁵⁸¹.

La situation dans laquelle les parents ne prennent pas de décision quant au nom de l'enfant peut être assimilée à celle du désaccord parental⁵⁸². L'APE doit également se saisir de la situation afin que le nom de l'enfant soit inscrit dans le registre de l'état civil. Il en va de la responsabilité de l'Etat, en particulier à la lumière de l'art. 8 CEDH.

b. Choix du prénom

Le choix du prénom de l'enfant entre dans la sphère privée de ses parents et relève en conséquence du champ d'application de l'art. 8 CEDH⁵⁸³. Lorsque les autorités nationales refusent le prénom choisi par les parents, la CourEDH est amenée à déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, l'application de la loi nationale a ménagé un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt public à régler le choix des prénoms, et d'autre part l'intérêt privé des parents, étant

577 CR CC-PAPAU VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 19 et N 21, 42 et 104.

578 TF, 5A_73/2019 du 21 novembre 2019, c. 4.2.

579 CR CC-PAPAU VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 20 et 61.

580 ACEDH, León Madrid c. Espagne du 26 octobre 2021, n° 30306/13, § 61 et 68.

581 CR CC-PAPAU VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 62 et réf.; MEIER/STETTLER, N 868.

582 TF, 5A_73/2019 du 21 novembre 2019; OG ZH du 12 juillet 2021, PQ210044, c. 1. CR CC-PAPAU VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 63.

583 ACEDH, Johansen c. Norvège du 7 août 1996, n° 17383/90, Recueil 1996-III, § 28; ACEDH, Guillot c. France du 24 octobre 1996, n° 22500/93, Recueil 1996-V, § 22.

précisé que les autorités nationales jouissent en la matière d'une ample marge d'appréciation⁵⁸⁴.

Une différence entre la reconnaissance du prénom légal et le prénom d'usage de l'enfant ne suffit pas à fonder un manquement au respect de l'art. 8 CEDH; la CourEDH a en effet jugé que le préjudice causé par le refus d'inscrire le prénom choisi par les parents et d'usage pour leur enfant, à savoir «Fleur de Marie», était insuffisant pour poser une question de manquement au respect de la vie privée et familiale, étant donné que l'inscription du prénom «Fleur-Marie», demandée à titre subsidiaire, avait été acceptée⁵⁸⁵. Le refus des autorités nationales doit se fonder sur l'intérêt de l'enfant, respectivement poursuivre le but de prémunir l'enfant contre les désagréments que risqueraient d'engendrer un prénom pouvant être jugé inopportun par autrui⁵⁸⁶. Dans ce sens, l'art. 37c al. 3 OEC soumet le choix du prénom au contrôle de l'officier de l'état civil, lequel a le pouvoir de refuser des prénoms «manifestement préjudiciables aux intérêts de l'enfant». Il s'agit d'une concrétisation de l'interdiction de l'abus de droit. L'autorité doit laisser une large place à la liberté des parents, conformément à la jurisprudence de Strasbourg; refuser un prénom à la graphie phonétique apparaît très sévère et ne résisterait pas à un examen par la CourEDH⁵⁸⁷.

c. *Changement de prénom*

Le changement de prénom fait partie du droit au respect de la vie privée⁵⁸⁸. L'art. 30b CC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2022, permet de faire inscrire un ou plusieurs nouveaux prénoms dans le registre de l'état civil en parallèle à la déclaration modifiant l'inscription relative au sexe⁵⁸⁹. Cette base légale est en harmonie avec la jurisprudence de la CourEDH, selon laquelle les traitements médicaux, comme les traitements hormonaux ou les interventions chirurgicales,

584 ACEDH, Johansson c. Finlande du 6 septembre 2007, n° 10163/02, § 31; ACEDH, Stjerna c. Finlande du 25 novembre 1994, n° 18131/91, Série A 299-B, § 39.

585 ACEDH, Guillot c. France du 24 octobre 1996, n° 22500/93, Recueil 1996-V, § 27.

586 ACEDH, Guillot c. France du 24 octobre 1996, n° 22500/93, Recueil 1996-V, § 10–11, le prénom choisi, «Fleur de Marie», ayant été jugé original et trop fantaisiste; ComEDH [déc.], Salonen c. Finlande du 2 juillet 1997, n° 27868/95, le refus du prénom «Ainut Vain Marjaana» (la Seule et Unique Marjaana) n'est pas déraisonnable; ACEDH, Johansen c. Norvège du 7 août 1996, n° 17383/90, Recueil 1996-III, § 33–39, violation de l'art. 8 CEDH, les autorités nationales n'ayant pas démontré que de porter le prénom «Axl» serait contraire à l'intérêt de l'enfant.

587 ATF 119 II 401, c. 2d, refus de la graphie «Djonatan», jugée absurde et insolite, source de désagréments pour l'enfant obligé de préciser constamment l'orthographe de son prénom ou de la rectifier, ce qui serait préjudiciable à ses intérêts, arrêt trop sévère à la lumière de l'ACEDH, Johansson c. Finlande du 6 septembre 2007, n° 10163/02. CR CC-PAPAU VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 138; MEIER/STETTLER, N 925 note 2134.

588 ACEDH, S. V. c. Italie du 11 octobre 2018, n° 55216/08, § 58, violation du droit au respect de la vie privée dans l'impossibilité pour une personne trans d'apparence féminine de changer son prénom masculin avant son opération.

589 Code civil suisse (Changement de sexe à l'état civil), FF 2020 9623. CR CC-PAPAU VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 28.

ne sont pas des conditions admissibles au titre de l'art. 8 CEDH pour la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne⁵⁹⁰.

Pour l'enfant âgé de moins de 16 ans révolus, le consentement du représentant légal est toutefois nécessaire selon l'art. 30b al. 4 ch. 1 CC, ce qui est à notre sens discutable à la lumière des droits fondamentaux de l'enfant. Le droit à la protection de l'identité de genre inclus dans le respect de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH est un droit strictement personnel proprement dit et la déclaration concernant le prénom ne devrait pas être soumise au consentement du représentant légal⁵⁹¹. Il s'agit d'un retour en arrière, car il était admis qu'une personne transgenre mineure et capable de discernement pouvait déposer en son propre nom une demande de changement de sexe et de prénom(s)⁵⁹². Que le prénom coïncide avec l'apparence répond de surcroît à l'obligation positive de garantir le droit au respect de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH⁵⁹³. Ainsi, un enfant transgenre incapable de discernement doit pouvoir être représenté, en particulier pour le changement de sexe et corrélativement de prénom⁵⁹⁴.

E. Conclusion

L'influence de la CEDH sur le droit civil met en évidence le caractère unique, par son mécanisme juridictionnel, et dynamique de la CEDH, laquelle accompagne les évolutions sociétales dans les domaines les plus divers, allant de la protection des droits de la personnalité, du mariage au droit de la filiation, le plus foisonnant. Cette éternelle modernité est assurée par l'interprétation évolutive à la lumière des conditions d'aujourd'hui appliquée par la CourEDH dès 1978. Le préambule de la CEDH fait au demeurant d'emblée place au «développement» des droits humains et des libertés fondamentales, mettant l'accent sur une approche dynamique. De textes au fond relativement sobres, comme celui de l'art. 8 CEDH, la CourEDH a su en tirer un panel extraordinairement large et riche de domaines d'application. La pénétration de la Convention en droit interne, dans les domaines du droit privé, destiné à régler les relations des particuliers entre eux, est acquise. Cette dynamique est sans équivalent par rap-

590 ACEDH, X et Y c. Roumanie du 19 janvier 2021, n^{os} 2145/16 et 20607/16; ACEDH, A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, n^{os} 79885/12 *et al.*

591 COTTIER, PJA 2020, p. 944 ss; CR CC-PAPAUX VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 28.

592 RG Oberland du 23 août 2017 – CIV 17 2249, FamPra.ch 2018, p. 204 ss. Voir également: COTTIER, PJA 2020, p. 946 s., mettant en évidence les difficultés liées à l'art. 30b al. 4 CC pour l'enfant qui est en désaccord avec ses représentants légaux.

593 ACEDH, S.V. c. Italie du 11 octobre 2018, n^o 55216/08, § 75. Voir également: ACEDH, A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, n^{os} 79885/12 *et al.*

594 Dans ce sens: RG Oberland du 23 août 2017 – CIV 17 2249, c. 8, FamPra.ch 2018, 205 s., admettant une présomption de la capacité de discernement à partir de 12 ans révolus, âge contesté en doctrine comme trop élevé, les changements concernant un aspect de l'identité étant particulièrement important pour la personnalité, cf. COTTIER, PJA 2020, p. 944.

port à d'autres instruments importants en matière de droits fondamentaux⁵⁹⁵. Elle est aussi due au soin apporté par la CourEDH à garantir une protection «effective» des droits et libertés conventionnels, l'autorité de la chose interprétée, en sus de l'autorité de la chose jugée, assurant le large rayonnement de la jurisprudence. Dans sa mission de contrôle du respect des droits et libertés garantis, la CourEDH a aussi une mission de guide, phare dans le brouillard juridique lorsqu'un sujet sensible met particulièrement à l'épreuve le respect des droits fondamentaux, comme en matière de GPA.

La jurisprudence de Strasbourg a intégré la pratique des autorités d'application du droit, des tribunaux cantonaux jusqu'au TF, comme celles du Parlement et du Conseil fédéral, dont les messages contiennent des chapitres approfondis sur le rapport des modifications proposées du droit civil avec la CEDH, ce d'autant que l'interprétation de cette dernière a souvent déjà influencé le droit en vigueur. Il n'est également aujourd'hui plus possible d'enseigner à l'Université le droit des personnes physiques et de la famille sans y intégrer la CEDH et veiller à suivre son évolution.

Cette influence cardinale entraîne une harmonisation des standards en matière de droits fondamentaux au niveau des Etats membres du Conseil de l'Europe, de laquelle émerge un véritable «droit européen de la famille»⁵⁹⁶. Harmonisation ne signifie pas uniformité, et elle s'articule par le truchement de la doctrine de la marge d'appréciation. L'ampleur de cette marge est source de variation en fonction des domaines touchés et du «consensus européen». Le respect des droits fondamentaux n'est ainsi pas toujours aisé à déterminer et pourra évoluer avec le temps. Nous proposons néanmoins des enseignements à tirer, en particulier de l'art. 8 CEDH et de la conjonction des art. 14 et 8 CEDH qui ont permis d'affirmer l'égalité entre les sexes, le droit du nom étant un exemple emblématique, et l'égalité des filiations, laquelle exige un droit de la famille qui ne distingue pas le statut juridique de l'enfant, selon la constellation familiale formelle ou informelle de ses parents, exigeant un droit de la famille indépendant du statut de ses membres⁵⁹⁷; l'égalité des filiations s'accommode également mal des différences de traitement des enfants en fonction de l'orientation sexuelle de leurs parents.

L'art. 8 CEDH a moult utilité. Il permet de combler des lacunes du Code civil et offre un fondement direct tant à la qualité pour agir à l'action en paternité du père qui ne peut reconnaître, en sus de la mère et de l'enfant, qu'à la qualité pour agir en désaveu de la mère et celle de l'enfant majeur, en supprimant la condition de la suspension de la vie commune des époux pendant sa minorité.

595 HOTTELIER, RTDH 2001, p. 552; SICILIANOS, p. 818, 822 ss sur l'évolution constante des méthodes de travail, avec plusieurs réformes dont le processus a été initié par la Conférence à Interlaken en 2010, et le dialogue en particulier avec les autorités nationales et le CJUE.

596 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 397; WITTINGER, p. 84 ss. Voir également: HERTIG RANDALL, p. 132 ss; PAPAUX VAN DELDEN, Droits, p. 379.

597 CREVOISIER/COTTIER, p. 292 ss; COTTIER, Impulsions, p. 184 ss.

L'art. 8 CEDH permet de condamner à l'inapplicabilité les dispositions du droit fédéral qui lui sont contraires, alors qu'une interprétation conforme à la Convention est impossible ou ne suffit pas (art. 109 al. 3 et 313 al. 2 CC, art. 329 al. 2 CPC, art. 4 LPMA en ce qu'il consacre l'interdiction du don d'ovules). Il s'oppose à la pratique des boîtes à bébé, plaide pour l'adoption ouverte, œuvre à l'uniformisation de l'interprétation de la CLaH80 et à la mise en œuvre de la CDE, en particulier dans sa préoccupation constante de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant.

Sous ce prisme, la CourEDH développe une approche souvent pragmatique pour résoudre les conflits triangulaires entre notamment le père social et légal, le père biologique présumé, et la mère de l'enfant; elle accorde un droit à l'information et un droit de contact avec l'enfant en faveur des pères biologiques, sous réserve que cela soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant, sans le droit toutefois d'obtenir le statut juridique plein et entier de père et ainsi de remettre en cause la paternité juridique et sociale. Les rapports triangulaires se complexifient avec l'avènement de la parenté d'intention accompagné d'une place laissée à la réalité biologique dont les contours sont mouvants. L'intérêt supérieur de l'enfant, partie intégrante de l'art. 8 CEDH, et le droit au respect de la vie privée de l'enfant requièrent en principe qu'il soit possible d'établir la filiation avec le parent d'intention. C'est en la présente matière que des évolutions de la jurisprudence de Strasbourg sont particulièrement attendues, conformément à sa vocation de contrôle du respect des droits et libertés définis dans la Convention et ses protocoles. L'apport essentiel de la CourEDH en matière de droit de la filiation illustre en conclusion de manière emblématique l'influence de la CEDH en droit civil.

Résumé

La présente contribution a pour but d'analyser l'influence de la CEDH en droit civil, tout d'abord de manière générale, puis circonscrite à des aspects choisis du droit des personnes physiques et de la famille, à savoir le droit du mariage, de la filiation et du nom. Dans un premier temps, il s'agit de faire le point sur les relations entre la CEDH et le droit civil, la question clé par rapport aux droits fondamentaux étant alors le rôle de l'Etat dans le règlement des relations interindividuelles. L'application indirecte, et au besoin même directe, des droits conventionnels assurent l'influence de la CEDH en droit civil. Dans un second temps, il faut saisir le contenu essentiel, tel qu'interprété de manière dynamique par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), des droits humains topiques pour le droit des personnes physiques et de la famille, à savoir le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH, le droit au mariage et de fonder une famille selon l'art. 12 CEDH, ces droits se combinant

avec l'interdiction de la discrimination fondée sur l'art. 14 CEDH. La pleine réalisation de l'égalité entre les sexes, de l'égalité quelle que soit l'orientation sexuelle, de l'égalité des filiations exige des modifications du droit suisse par la voie législative et/ou jurisprudentielle, tout en gardant un œil attentif lorsque le législateur consacre de nouvelles constellations familiales. En ciblant des questions choisies à la lumière du Code civil, de la Loi sur la procréation médicalement assistée et de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH80), troisième partie de l'analyse, sont mises en évidence des interprétations qui s'imposent, des normes inconciliables avec la CEDH, des pratiques trop restrictives et des lacunes du droit suisse. La CEDH n'est au demeurant pas dans une tour d'ivoire, ce qu'atteste l'accent mis dans son interprétation sur la Convention sur les droits de l'enfant et sur la CLaH80. Il faut enfin relever que la diversité contemporaine des constellations familiales se conjugue avec l'eupéanisation de la famille menée grâce à l'œuvre jurisprudentielle de la CourEDH. La diversité ne mène nullement à la crise de la famille mais à l'harmonisation par l'expansion des droits humains en hommage à l'osmose des modèles familiaux.

Abstract

The aim of this contribution is to analyze the influence of the ECHR on civil law, firstly in a general way and then in selected aspects of personal and family law, namely marriage, parentage and name law. First, the relationship between the ECHR and civil law will be reviewed, the key issue in relation to fundamental rights being the role of the state in regulating relations between individuals. The indirect, and if necessary direct, application of treaty rights ensures the influence of the ECHR in civil law. Secondly, the essential content of the human rights relevant to personal and family law, namely the right to respect for private and family life under Article 8 ECHR and the right to marry and found a family under Article 12 ECHR, combined with the prohibition of discrimination under Article 14 ECHR, must be understood as dynamically interpreted by the European Court of Human Rights (ECtHR). The full achievement of gender equality, equality regardless of sexual orientation, and equality of parentage requires changes of the Swiss law, through legislation and/or case law, while keeping a watchful eye when the legislator establish new family constellations. The third part of the analysis focuses on selected issues in the light of the Civil Code, the Law on Medically Assisted Procreation and the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (1980 Hague Convention). It highlights the necessary interpretations, legal norms that are incompatible with the ECHR, overly restrictive practices and gaps of the Swiss law. The ECHR is not in an ivory tower, as is shown by the emphasis placed in its interpretation on the

Convention on the Rights of the Child and on the 1980 Hague Convention. Finally, it should be noted that the contemporary diversity of family constellations is combined with the Europeanisation of the family, which is being carried out thanks to the jurisprudential work of the ECtHR. Diversity does not lead to a crisis of the family, but to harmonization through the expansion of human rights as a homage to the osmosis of family models.

Zusammenfassung

Ziel dieses Beitrags ist den Einfluss der EMRK auf das Zivilrecht zu analysieren, zunächst in allgemeiner Form, dann eingegrenzt auf ausgewählte Aspekte des Personen- und Familienrechts, d. h. des Ehe-, Abstammungs- und Namensrechts. In einem ersten Schritt soll eine Bestandsaufnahme der Beziehungen zwischen der EMRK und dem Zivilrecht vorgenommen werden, wobei die Schlüsselfrage in Bezug auf die Grundrechte dann die Rolle des Staates bei der Regelung der Beziehungen zwischen den Individuen ist. Die indirekte und, wenn nötig sogar direkte Anwendung von Konventionsrechten, sichert den Einfluss der EMRK im Zivilrecht. In einem zweiten Schritt muss der Kerngehalt der für die Personen- und Familienrecht relevanten Menschenrechte, wie er vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) dynamisch interpretiert wird, erfasst werden, nämlich das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK, das Recht zu heiraten und eine Familie zu gründen nach Art. 12 EMRK, wobei diese Rechte mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK kombiniert werden. Die volle Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter, der Gleichstellung unabhängig von der sexuellen Orientierung und der Gleichstellung der Abstammung erfordert Änderungen des Schweizer Rechts durch Gesetzgebung und/oder Rechtsprechung, und gleichzeitig ein aufmerksames Auge, wenn der Gesetzgeber neue Familienkonstellationen festschreibt. Im dritten Teil der Analyse werden ausgewählte Fragen anhand des Zivilgesetzbuches, des Fortpflanzungsmedizingesetzes und des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ80) untersucht, um notwendige Auslegungen, mit der EMRK unvereinbare Normen, zu restriktive Praktiken und Lücken im Schweizer Recht aufzuzeigen. Dass der EGMR nicht im Elfenbeinturm sitzt, zeigt sich daran, dass er bei seiner Auslegung den Schwerpunkt auf das Übereinkommen über die Rechte des Kindes und das HKÜ80 legt. Schliesslich ist festzuhalten, dass die zeitgenössische Vielfalt der Familienkonstellationen mit der Europäisierung der Familie, die dank der Rechtsprechung des EGMR vorangetrieben wird, zusammengeht. Die Vielfalt führt keineswegs zu einer Krise der Familie, sondern zu einer Harmonisierung durch die Ausweitung der Menschenrechte als Ehrung an die Osmose der Familienmodelle.

F. Bibliographie

- AEBI-MÜLLER REGINA E., Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, Jusletter du 14 février 2022 (cité: AEBI-MÜLLER, Jusletter 2022).
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Anonyme Geburt und Babyfenster – Gedanken zu einer aktuellen Debatte, FamPra.ch 2007, p.544 ss (cité: AEBI-MÜLLER, FamPra.ch 2007).
- AEBI-MÜLLER REGINA E., EGMR-Entscheid Jäggi c. Suisse: Ein Meilenstein zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung?, Jusletter du 2 octobre 2006 (cité: AEBI-MÜLLER, Jusletter 2006).
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Anonyme Geburt im schweizerischen Rechtssystem, Jusletter du 26 septembre 2005 (cité: AEBI-MÜLLER, Jusletter 2005).
- AEMISEGGER HEINZ, Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz, Jusletter du 20 juillet 2009.
- ALFIERI ANNA CLAUDIA, Enlèvement international d'enfants, Une perspective suisse, thèse, Berne 2016.
- AMSTUTZ ESTHER/GÄCHTER THOMAS, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, Jusletter du 31 janvier 2011.
- ANTHONIOZ LORÈNE, La filiation des enfants nés d'une GPA à l'étranger, Jusletter du 23 mai 2022.
- BADDELEY MARGARETA, Le droit du nom suisse: état des lieux et plaidoyer pour un droit «libéré», FamPra.ch 2020, p. 613 ss.
- BADDELEY MARGARETA/PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Art. 160 CC, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte/Fountoulakis Christiana (éd.), Commentaire Romand du Code civil I, 3^e éd., Bâle 2023 (cité: CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160).
- BEAUMONT PAUL/TRIMMINGS KATARINA/WALKER LARA/HOLLIDAY JAYNE, Child abduction: Recent jurisprudence of the European court of Human right, International and Comparative Law Quarterly (ICLQ), vol. 64, janvier 2015, p. 39 ss (cite: BEAUMONT *et al.*).
- BESSON SAMANTHA, Art. 5 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (cité: CR Cst.-BESSON, art. 5).
- BESSON SAMANTHA/KLEBER ELEONOR, Art. 12 CEDH, in: Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (éd.), Code annoté de droit des migrations, Berne 2017 (cité: BESSON/KLEBER, art. 12 CEDH).

- BLEICKER OLIVIER, Analyse de l'arrêt de la CourEDH B. c. Suisse du 27 mai 2014, Newsletter DroitMatrimonial.ch juin 2014.
- BOILLET VERONIQUE/DE LUZE ESTELLE, Mère porteuse, parents d'intention, homoparentalité... Et l'enfant? Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_478/2014 du 21 mai 2015, Jusletter du 5 octobre 2015 (cité: BOILLET/DE LUZE, Jusletter 2015).
- BONNET VINCENT, L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme: une histoire sans fin? (ACEDH Godelli c. Italie du 25 septembre 2012), RevTrimDrH 2014, n° 97, p. 153 ss (cité: BONNET, ACEDH Godelli).
- BONNET VINCENT, L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Odièvre c. France du 13 février 2003), Rev-TrimDrH 2004, n° 58, p. 405 ss (cité: BONNET, ACEDH Odièvre).
- BOUCAUD PASCALE, Le droit aux contacts familiaux sous le prisme des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, Rev-TrimDrH 2007, n° 70, p. 509 ss.
- BUCHER ANDREAS, Commentaire romand de la Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Bâle 2011, CR LDIP mis à jour en ligne (disponible depuis le site: <http://www.andreasbucher-law.ch/>) (cité: CR LDIP-BUCHER).
- BUCHER ANDREAS, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, chronique annuelle (cité: BUCHER, RSDIE année, p.).
- BUCHER ANDREAS, Mater semper certa est en Géorgie, Jusletter du 16 mai 2022 (cité: BUCHER, Jusletter 2022).
- BUCHER ANDREAS, Tribunal fédéral, 5A_880/2013 du 16 janvier 2014, avec remarques d'Andreas Bucher, PJA 2014, p. 565 ss (BUCHER, PJA 2014).
- BUCHER ANDREAS, Brasilianische Adoption, PJA 2008, p. 1585 ss (cité: BUCHER, PJA 2008).
- BUCHER ANDREAS, L'enfant en droit international privé, Bâle 2003 (cité: BUCHER, *Enfant*).
- BÜCHLER ANDREA, The Right to Respect for Private and Family Life. The Case Law of the European Court of Human Rights on Parenthood and Family Form, in: Büchler Andrea/Keller Helen (éd.), *Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Cambridge/Anvers/Portland 2016, p. 29 ss (cité: BÜCHLER, *Private and Family Life*).
- BÜCHLER ANDREA, Le don d'ovules en Suisse de lege lata et ferenda, Avis de droit sur mandat de l'Office fédéral de la santé publique, Berne, novembre 2013 (cité: BÜCHLER, *Don d'ovules*).

- BÜCHLER ANDREA/BERTSCHI NORA, *Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?*, *Leihmutterschaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz*, *FamPra.ch* 2013, p. 33 ss.
- BÜCHLER ANDREA/CLAUSEN SANDRO, Art. 3 et 4 FMedG, in: Büchler Andrea/Rütsche Bernhard (éd.), *Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG)*, *Handkommentar*, Berne 2020 (cité: HK FMedG-BÜCHLER/CLAUSEN, art. 3, respectivement art. 4).
- BÜCHLER ANDREA/RAVEANE ZENO, *Commentaire de l'arrêt TF 5A_590/2016*, *FamPra.ch* 2019, p. 224 ss.
- BÜCHLER ANDREA/SCHMUCKI ANTONELLA, *Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht*, *FamPra.ch* 2020, p. 1 ss.
- BURGAT SABRINA, Art. 160 CC, in: Bohnet François/Guillod Olivier (éd.), *Commentaire pratique Droit matrimonial – Fond et procédure*, Bâle 2015 (cité: ComPra-BURGAT, art. 160 CC).
- BURGAT SABRINA/MATTHEY FANNY, Art. 98 CC, in: Bohnet François/Guillod Olivier (éd.), *Commentaire pratique Droit matrimonial – Fond et procédure*, Bâle 2015 (cité: ComPra-BURGAT/MATTHEY, art. 98 CC).
- CANTONI SILVIA, *L'apport de la Cour européenne des droits de l'homme à l'élaboration de la nouvelle Convention contre la violence à l'égard des femmes*, *RevTrimDrH* 2014, n° 100, p. 865 ss.
- CHASSIN CATHERINE-AMÉLIE, *Heurs et malheurs du mariage des transsexuels (ACEDH GC Hämäläinen c. Finlande du 16 juillet 2014)*, *RevTrimDrH* 2015, n° 102, p. 463 ss.
- CONSEIL FÉDÉRAL, *De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation*, *Rapport du Conseil fédéral du 17 décembre 2021 donnant suite au postulat 18.3714 «Examen du droit de la filiation» de la CAJ-CE du 21 août 2018* (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport Etablissement de la filiation*).
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Mieux soutenir les mères en détresse et les familles vulnérables*. *Rapport du 12 octobre 2016 donnant suite au postulat Maury Pasquier (13.189)* (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport Mères en détresse*).
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport suite au postulat Fehr (12.3607)*, Mars 2015, *Modernisation du droit de la famille* (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, *Modernisation*).
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur la maternité de substitution du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012* (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport maternité de substitution*).
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 28 novembre 2014 concernant la modification du code civil (droit de l'adoption)*, *FF* 2015 835 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, *Message Adoption*).

- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 29 novembre 2013 concernant la révision du code civil (Entretien de l'enfant), FF 2014 511 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message Entretien).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 7 juin 2013 concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), FF 2013 5253 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message art. 119 Cst. et LPMA).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 16 novembre 2011 concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message Autorité parentale).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, FF 2010 2067 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport 2010).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 février 2007 concernant la mise en œuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en œuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants et des adultes, FF 2007 2433 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message CLaH80).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 juin 2006 concernant la révision du Code civil (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message Protection de l'adulte).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message LEtr).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message Cst.).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 26 juin 1996 relatif à l'initiative populaire «pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD)» et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), FF 1996 III 197 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message LPMA).
- COTTIER MICHELLE, Le don de sperme et l'établissement de la filiation au sein des couples de femmes mariées, in: Clerc Evelyne/Dunand Jean-Philippe (éd.), Mélanges en l'honneur d'Olivier Guillod, *Alea jacta est: santé!*, Bâle 2021, p. 379 ss (cité: COTTIER, Filiation).

- COTTIER MICHELLE, Impulsions des instruments de protection des droits humains de l'ONU en matière d'égalité et de protection contre les discriminations pour le droit de la famille suisse, RDS 2021/2, p. 119 ss (cité: COTTIER, Impulsions).
- COTTIER MICHELLE, Entscheidbesprechungen, Bezirksgericht Einsiedeln, Einzelrichter, Entscheid ZES 2019 016 vom 19. Juni 2019, Änderung von Geschlecht und Vornamen bei urteilsfähigen Minderjährigen (unpubliziert), PJA 2020, p. 942 ss (cité: COTTIER, PJA 2020).
- COTTIER MICHELLE/WYTTENBACH JUDITH, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrecht zu Art. 8 EMRK und ihr Einfluss auf die Schweiz: ausgewählte jüngere Entwicklungen im Bereich des Familienrechts, FamPra.ch 2016, p. 75 ss.
- CREVOISIER CÉCILE, Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status: eine Untersuchung der zivilrechtlichen Zuordnung von Kindern zu ihren Eltern im Lichte der Bundesverfassung und der internationalen Menschenrechtsabkommen, thèse, Berne 2014.
- CREVOISIER CÉCILE/COTTIER MICHELLE, Gemeinsame originäre Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare. Aktuelle und zukünftige Rechtslage in der Schweiz und Reformbedarf, FamPra.ch 2021, p. 286 ss.
- DANIS-FATÔME ANNE, Le droit des couples à un «engagement public» (ACEDH GC Vallianatos et autres c. Grèce du 7 novembre 2013), Rev-TriDrH 2014, n° 99, p. 737 ss.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ FRANÇOISE, Conclusions, in: Sudre Frédéric (éd.), Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 2002, p. 387 ss.
- DE VRIES KARIN, Right to Respect for Private and Family Life (Article 8), in: van Dijk Pieter/van Hoof Fried/van Rijn Arjen/Zwaak Leo (éd.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Cambridge/Anvers/Portland 2018, p. 667 ss.
- DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux, Volume I: Notion, garantie, restriction et juridiction, Bâle 2017.
- DUREL BASTIEN, Enlèvement parental international d'enfants, Neuchâtel 2015 (cité: DUREL, Enlèvement).
- DUREL BASTIEN, La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la décision de retour en cas d'enlèvement international: analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_584/2014, Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2014 (cité: DUREL, DroitMatrimonial 2014).

- ENTENZA HECTOR, Adoption de l'enfant du partenaire – l'interdiction de la discrimination entre couples de même sexe et couples hétérosexuels comme motif de révision du droit de l'adoption?, Jusletter du 2 juin 2014.
- FANKHAUSER ROLAND/WÜSCHER KATHRIN, Die neuen Eheungültigkeitsgründe nach Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes, FamPra.ch 2008, p. 750 ss.
- FIERENS JACQUES, «Où t'es, papa où t'es?» ou comment la Cour européenne des droits de l'homme choisit d'ignorer la fonction fondamentale du patronyme (Observations de l'ACEDH Cusan et Fazzo c. Italie du 7 janvier 2014, n° 77/07), RevTrimDrH 2015, n° 103, p. 701 ss.
- FRUMER PHILIPPE, La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation, une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt Karner c. l'Autriche du 24 juillet 2003), RevTrimDrH 2004, n° 59, p. 663 ss.
- GALLUS NICOLE, La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme, RevTrimDrH 2008, n° 75, p. 879 ss.
- GARCIA KITERI, Violences domestiques et fémicide: la Cour européenne des droits de l'homme réceptive aux crimes de genre (observations sur l'ACEDH Talpis c. Italie du 2 mars 2017, n° 41237/14), RevTrimDrH 2018, n° 113, p. 257 ss.
- GAURON-CARLIN SABRINA, La gestation pour autrui: état des lieux en Suisse et réflexions prospectives, SJ 2019 II, p. 75 ss.
- GAY CLÉMENCE, La nouvelle présomption de «parentalité» en faveur de l'épouse, Jusletter du 4 avril 2022.
- GEISER THOMAS, Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung aus zivilrechtlicher Sicht, RJB 2008, p. 817 ss.
- GEORGIN PASCALINE, La liberté du nom de famille de deux époux (Observations de l'ACEDH Burghartz c. Suisse du 22 février 1994, n° 16213/90, Recueil A 280-B), RevTrimDrH 1995, n° 21, p. 53 ss.
- GERARDS JANNEKE, Prohibition of discrimination (Article 14 and Article 1 of Protocole No. 12), in: van Dijk Pieter/van Hoof Fried/van Rijn Arjen/Zwaak Leo (éd.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Cambridge/Anvers/Portland 2018, p. 997 ss.
- GONIN LUC, Art. 12 et 14 CEDH, in: Gonin Luc/Bigler Olivier (éd.), Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) – Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Berne 2018 (cité: CS-GONIN, art. 12, respectivement art. 14 CEDH).

- GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, Art. 8 CEDH, in: Gonin Luc/Bigler Olivier (éd.), *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne 2018 (cité: CS-GONIN/BIGLER, art. 8 CEDH).
- GOUTTENOIRE ADELINE, Les enlèvements internationaux d'enfants devant la Cour européenne des droits de l'homme: entre obligation positive et ingérence, *RevTrimDrH* 2016, n° 105, p. 61 ss (cité: GOUTTENOIRE, RTDH 2016).
- GOUTTENOIRE ADELINE, La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Informations sociales* 2008/5, n° 149, p. 40 ss (cité: GOUTTENOIRE, Relation).
- GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, *Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch*, 7^e éd., Genève/Bâle/Munich 2021.
- GRIGOLO MICHELE, Sexualities and the European Convention on Human Rights: Introducing the Universal Sexual Legal Subject, *European Journal of International Law* 2003, n° 14, p. 1023 ss.
- GUILLOD OLIVIER/BURGAT SABRINA, *Droit des familles, Les abrégés*, 6^e éd., Neuchâtel 2022.
- GUILLOD OLIVIER/CHRISTINAT RACHEL, Enfants nés de mères porteuses, in: Leuba Audrey/Papaux van Delden Marie-Laure/Foëx Bénédicte (éd.), *Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley*, Genève/Zurich/Bâle 2017, p. 125 ss.
- HADZIMANOVIC NATASA, Zwang versus Freiheit vertrauliche und anonyme Geburt auf dem Prüfstein, *FamPra.ch* 2016, p. 50 ss.
- HERTIG RANDALL MAYA, Auswirkungen der EMRK auf andere Rechtsgebiete, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine, *40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK – Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014*, Zurich 2015, p. 115 ss.
- HOCHMANN THOMAS, Le mariage est une prison (Observations de l'ACEDH Babiarz c. Pologne du 10 janvier 2017, n° 1955/10), *RevTrimDrH* 2017, n° 112, p. 1005 ss.
- HOTTELIER MICHEL, La Convention européenne des droits de l'homme et la Suisse: quarante ans d'enrichissement au service de la dignité humaine, *RevTrimDrH* 2015, n° 103, p. 551 ss (cité: HOTTELIER, RTDH 2015).
- HOTTELIER MICHEL, Couples de concubins et adoption: une avancée jurisprudentielle originale, *Jusletter* du 6 octobre 2008 (cité: HOTTELIER, Jusletter 2008).
- HOTTELIER MICHEL, La procédure suisse de révision consécutive à un arrêt de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, *RevTrimDrH* 2001, n° 47 p. 743 ss (cité: HOTTELIER, RTDH 2001).

- HOTTELIER MICHEL/MOCK HANSPETER/PUÉCHAVY MICHEL, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2011 (cité: HOTTELIER *et al.*).
- HOTZ SANDRA, *Kritik am ersten kollisionsrechtlichen Leihmutterchaftsurteil des Bundesgerichts*, PJA 2015, p. 1325 ss.
- JAGGI MATTHIAS, *EGMR-Entscheid zum Adoptionsgesuch einer homosexuellen Frau – Auswirkungen auf die Schweiz*, Jusletter du 17 mars 2008.
- JEANDIN NICOLAS, Art. 296 CPC, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (éd.), *Commentaire romand du Code de procédure civile*, 2^e éd., Bâle 2019 (cité: CR CPC-JEANDIN, art. 296).
- JUNGO ALEXANDRA [*et al.*], *De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation*, Rapport du groupe d'expert-e-s du 21 juin 2021, Fribourg, Zurich, disponible depuis <[https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/gesellschaft/gesetzgebung/abstammungsrecht/ber-expertengruppe.pdf](https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/gesellschaft/gesetzgebung/abstammungsrecht/ber-expertengruppe.pdf.download.pdf/ber-expertengruppe-f.pdf)> (cité: JUNGO *et al.*, Rapport 2021)
- JUNGO ALEXANDRA [*et al.*], *Recommandations du groupe d'expert.e.s externes du 21 juin 2012 intitulées: «De la nécessité de réviser le droit de la filiation»*, disponibles depuis <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/mm.msg-id-86490.html>> (cité: JUNGO *et al.*, Recommandations 2021).
- JUNOD VALÉRIE, *Un pas supplémentaire vers le diagnostic préimplantatoire*, commentaire de l'arrêt Costa & Pavan de la Cour européenne des droits de l'homme, Jusletter du 29 octobre 2012.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, *Grundrechte*, 3^e éd., Berne 2018.
- KÖRBER SANDRO/STEINEGGER HEIDI, *Zu wissen, von wem man abstammt, ist mehr als ein Grundrecht*, FamPra.ch 2020, p. 59 ss.
- KRÄHENBÜHL DAVID, *La symphonie du nom de famille commandée par la Cour européenne des droits de l'homme: quand le compositeur suisse rechigne à améliorer sa partition*, in: Bahar Rashid/Trigo Trindade Rita (éd.), *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique: fondements et perspectives*, Genève 2013, p. 153 ss.
- KÜNG JOËLLE, *L'enlèvement international d'enfant: deux ans d'expériences avec la loi fédérale et développements récents à l'étranger*, in: Baddeley Margareta/Foëx Bénédicte/Leuba Audrey/Papaux van Delden Marie-Laure (éd.), *Le droit civil dans le contexte international*, Journée de droit civil 2011, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 57 ss.

- LEUBA AUDREY/MEIER PHILIPPE/PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, *Droit du divorce*, Berne 2021.
- LEVINET MICHEL, La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, *RevTrimDrH* 2004, n° 60, p. 889 ss (cité: LEVINET, *RTDH* 2004).
- LEVINET MICHEL, La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme (Observations ACEDH GC Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni du 30 juillet 1998), *RevTrimDrH* 1999, n° 39, p. 646 ss (cité: LEVINET, *RTDH* 1999).
- LOMBARDINI CARLO/CAMBI ALESSANDRA, La reproduction artificielle et le respect des droits de l'homme (Observations de l'ATF 115 Ia 234, *JdT I* 1991 p. 194), *RevTrimDrH* 1992, n° 9, p. 73 ss.
- LÖTSCHER CORDULA, Abstammungsrecht im Wandel: Die Elternschaftsvermutung der Ehefrau gemäss der Vorlage «Ehe für alle», *FamPra.ch* 2021, p. 656 ss.
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse*, volume I: L'Etat, 4^e éd., Berne 2021 (cité: MALINVERNI *et al.* I).
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse*, volume II: Les droits fondamentaux, 4^e éd., Berne 2021 (cité: MALINVERNI *et al.* II).
- MALINVERNI GIORGIO, Les modifications législatives consécutives à des jugements de la Cour européenne des droits de l'homme, *LeGes* 2016/3, p. 375 ss (cité: MALINVERNI, *Modifications*).
- MALINVERNI GIORGIO, L'adoption devant la Cour européenne des droits de l'homme, *Mélange en l'honneur de Dean Spielmann*, Oisterwijk, Pays-Bas 2015, p. 363 ss (cité: MALINVERNI, *Adoption*).
- MARGOT LISA, Le droit à la connaissance des origines de l'enfant né de procréation médicalement assistée, *FamPra.ch* 2017, p. 696 ss.
- MARGUÉNAUD JEAN-PIERRE, Le nom du couple binational devant la Cour européenne des droits de l'homme (ACEDH Losonci Rose et Rose c. Suisse du 9 novembre 2010, n° 664/06), *RevTrimDrH* 2011, n° 88, p. 991 ss (cité: MARGUÉNAUD, *RTDH* 2011).
- MARGUÉNAUD JEAN-PIERRE, La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, in: Krenc Frédéric/Puéchavy Michel (éd.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2008, p. 15 ss (cité: MARGUÉNAUD, *Liberté*).

- MARGUÉNAUD JEAN-PIERRE/RÉMY-CORLAY PAULINE, Vers un statut juridique de l'enfant mort-né, *Revue Trimestrielle de Droit civil (RTDciv)* 2005, p. 737 ss.
- MARTENET VINCENT, Art. 190 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, Bâle 2021 (cité: CR Cst.-MARTENET, art. 190).
- MATTHEY FANNY, Le droit au mariage en cas de séjour irrégulier; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_349/2011, *Newsletter DroitMatrimonial.ch*, janvier 2012.
- MEIER PHILIPPE, L'enfant en droit suisse: quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *FamPra.ch* 2012, p. 255 ss (cité: MEIER, *FamPra.ch* 2012).
- MEIER PHILIPPE, L'autorité parentale conjointe: l'arrêt de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne – quels effets sur le droit suisse?, *RMA* 2010, p. 246 ss (cité: MEIER, *ACEDH Zaunegger*).
- MEIER PHILIPPE, Le sort de l'enfant après le décès du parent titulaire des droits parentaux, en particulier le testament parental, *RDT* 2001, p. 61 ss (cité: MEIER, *RDT* 2001).
- MEIER PHILIPPE, Résumé de jurisprudence filiation et protection de l'adulte, parution trimestrielle (cité: MEIER, *RMA* année, p.).
- MEIER PHILIPPE/CARANDO LAURA, Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse?, *Jusletter* du 14 février 2011.
- MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, *Droit de la filiation*, 6^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2019.
- MESNIL MARIE, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, thèse, Bâle 2018.
- MEYER-LADEWIG JENS/LEHNER ROMAN, Art. 14 CEDH, in: Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (éd.), *EMRK Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4^e éd., Bâle 2017 (cité: HK EMRK-MEYER-LADEWIG/LEHNER, art. 14).
- MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN, art. 8 et 12 CEDH, in: Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (éd.), *EMRK Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4^e éd., Bâle 2017 (cité: HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM art. 8, respectivement art. 12).
- MÜLLER JÖRG PAUL, *Bekämpfung von Scheinehen im Konflikt mit der Ehefreiheit – Zur Umsetzung der parlamentarischen Initiative Toni Brunner*, *Asyl* 2009/4, p. 14 ss.

- MURAT PIERRE, Filiation et vie familiale, in: Sudre Frédéric (éd.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2002, p. 161 ss.
- NEVES TANIA, Pas de papiers, pas de mariage, l'art. 98 al. 4 CC un an après, *PJA* 2012, p. 781 ss.
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Art. 97-103 CC, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte/Fountoulakis Christiana (éd.), *Commentaire Romand du Code civil I*, 3^e éd., Bâle 2023 (cité: CR CC-PAPAUX VAN DELDEN, art. 97a, respectivement 98 et 99).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Au nom de la mère: réflexion sur l'établissement de la filiation maternelle à la lumière de deux arrêts récents et de l'article 8 CEDH, in: Sprumont Dominique/Clerc Evelyne/Dunand Jean-Philippe (éd.), *Mélanges en l'honneur d'Olivier Guillod*, *Alea jacta est: santé!*, Bâle 2021, p. 83 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Mère).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Le droit de l'adoption à la lumière de la CEDH: analyse *de lege lata et ferenda*, in: Leuba Audrey/Papaux van Delden Marie-Laure/Foëx Bénédicte (éd.), *Le droit en question*, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Genève/Zurich/Bâle 2017, p. 187 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Adoption).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Au nom des droits de la personnalité de l'enfant: facettes choisies, in: Baddeley Margareta/Foëx Bénédicte/Leuba Audrey/Papaux van Delden Marie-Laure (éd.), *Facettes du droit de la personnalité*, Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manăi, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 32 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Facettes).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Autorité parentale conjointe: une réforme critiquée, *Plaidoyer* 2014, p. 32 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Plaidoyer 2014).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Le placement de l'enfant: analyse de la jurisprudence de Strasbourg à l'attention du praticien et du législateur, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal/Hürliemann-Kaup Bettina/Fountoulakis Christiana (éd.), *Une empreinte sur le Code civil*, Berne 2013, p. 227 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Placement).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Familles et Convention européenne des droits de l'homme: Incidences en droit de la filiation, in: Baddeley Margareta/Foëx Bénédicte/Leuba Audrey/Papaux van Delden Marie-Laure (éd.), *Le droit civil dans le contexte international*, Journée de droit civil 2011, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 1 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Familles).

- PAPAU VAN DELDEN MARIE-LAURE, Le droit au mariage – Contours et implications en droit civil (Première partie), FamPra.ch 2011, p. 321 ss (cité: PAPAU VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I).
- PAPAU VAN DELDEN MARIE-LAURE, Le droit au mariage et à la famille – Analyse critique des restrictions (Deuxième partie), FamPra.ch 2011, p. 589 ss (cité: PAPAU VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 II).
- PAPAU VAN DELDEN MARIE-LAURE, Mariages fictifs, Jusletter du 22 octobre 2007 (cité: PAPAU VAN DELDEN, Jusletter 2007).
- PAPAU VAN DELDEN MARIE-LAURE, Osmose des modèles familiaux et droits de la personne, in: Besson Samantha/Hottelier Michel/Werro Franz (éd.), Les droits de l'homme au centre, Genève 2006, p. 377 ss (cité: PAPAU VAN DELDEN, Droits).
- PAPAU VAN DELDEN MARIE-LAURE, L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux, thèse, Genève 2002 (cité: PAPAU VAN DELDEN, Osmose).
- PAPAU VAN DELDEN MARIE-LAURE/BADDELEY MARGARETA, Art. 270 – 270b CC, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte/Fountoulakis Christiana (éd.), Commentaire Romand du Code civil I, 3^e éd., Bâle 2023 (cité: CR CC-PAPAU VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270-270b).
- PÄTZOLD JULIANE, Art. 8 et 12 CEDH, in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (éd.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, 3^e éd., Bâle 2022 (cité: Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 8, respectivement art. 12).
- PETRY ROSWITHA, La situation juridique des migrants sans statut légal – Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, Zurich 2013.
- PFÄFFINGER MONIKA, Vaterschaft auf dem Prüfstand. Das Recht des Ehemannes auf Kenntnis der eigenen Vaterschaft im Zeitalter der Genetik (cité: PFÄFFINGER, FamPra.ch 2014).
- PFÄFFINGER MONIKA, Von geheime und (halb-)offenen Adoptionen, FamPra.ch 2008, p. 1 ss (cité: PFÄFFINGER, FamPra.ch 2008).
- PIFFNER BRIGITTE/BOLLINGER SUZANNE, Ausweitung konventionsgeschützter Rechte durch den EGMR und Probleme der innerstaatlichen Umsetzung, Jusletter du 21 novembre 2011.
- RANDIER CÉLINE, Reconnaissance d'un mariage conclu à l'étranger avec un mineur, Jusletter du 7 février 2022.

- REICHENBACH MAÏKA, Les profils d'ADN prénataux visant à déterminer la paternité selon la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine, FamPra.ch 2019, p. 855 ss.
- REUSSER RUTH, Das neue materielle Adoptionsrecht – ein kritischer Blick, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth/Schwander Ivo (éd.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zurich/St-Gall 2017, p. 431 ss.
- REUSSER RUTH/SCHWEIZER RAINER J., Das Recht auf Kenntnis der Abstammung aus völker- und landesrechtlicher Sicht, RSJB 136/2000, n° 10, p. 605 ss.
- RIETIKER DANIEL, Un enlèvement d'enfant devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme: l'affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux (ACEDH GC Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010), RevTrimDrH 2012, n° 90, p. 377 ss.
- RIGAUX FRANÇOIS, Le droit de connaître ses origines, in: Krenc Frédéric/Puéchavy Michel (éd.), Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 2008, p. 105 ss.
- RIVIÈRE FLORENCE, L'intégration «paisible» de la Convention européenne des droits de l'homme en Suisse, RevTrimDrH 1999, n° 39, p. 461 ss.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, Fampra.ch 2014, p. 838 ss.
- RUSCH MARTINA/GÖTSCHI ANTJE, Art. 256 CC, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (éd.), Kurzkommentar ZGB, 2^e éd., Bâle 2018 (cité: KUKO-RUSCH/GÖTSCHI, art. 256 CC).
- SAENZ DEVIA MANUELA, «Luke, I am your father», ou, de la paternité biologique: aspects choisis, in: Boillet Véronique/Maiani Francesco/Poltier Etienne/Rietiker Daniel/Wilson Barbara (éd.), L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse, Genève 2016, p. 111 ss.
- SANDOZ SUZETTE, Adoption et couples de même sexe, Jusletter du 21 mai 2012 (cité: SANDOZ, Jusletter 2012).
- SANDOZ SUZETTE, Mariages fictifs: à la frontière du droit et de l'éthique, REC 2000, p. 413 ss (cité: SANDOZ, REC 2000).
- SCHÖBI FELIX, Stiefkindadoption und Konkubinat: Bemerkungen zum Urteil des EGMR vom 13. Dezember 2007 i.S. Emonet et al. Gegen die Schweiz (3905/03), Recht 26 (2008)/3, p. 99 ss.
- SCHORNO DEBORAH, Fécondation *in vitro* et vie privée, Commentaire de l'arrêt Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Jusletter du 13 août 2007.

- SCHÜRMMANN FRANK, Adoption im Konkubinatsverhältnis: zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Emonet u.a. gegen die Schweiz vom 13. Dezember 2007, RSJB 144/2008, n° 3, p. 262 ss.
- SCHWENZER INGEBOG, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Fampra.ch 2014, p. 966 ss.
- SCHWENZER INGEBOG/COTTIER MICHELLE, Art. 252 à 263 CC, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (éd.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 6^e éd., Bâle/Genève/Munich 2018 (cité: BSK-SCHWENZER/COTTIER, art.).
- SICILIANOS LINOS-ALEXANDRE, La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans: dynamique d'un instrument international unique, RevTrimDrH 2020, n° 124, p. 817 ss.
- SPESCHA MARC, Autorités de l'état civil: complices d'expulsion pour des motifs de police ou garantes du droit au mariage?, REC 2010, p. 116 ss.
- STECK DANIEL, Commentaire de l'arrêt TF 5A_590/2016, FamPra.ch 2018, p. 541 ss.
- STEGMÜLLER TIFFAINE, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant, Etude de droit suisse, thèse, Zurich 2020.
- STEINER EVA, L'accouchement sous X: réflexion critique sur le droit et la pratique d'une singularité juridique française, FamPra.ch 2007, p. 568 ss.
- SÜNDERHAUF HILDEGUND/WIDRIG MARTIN, Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut, PJA 2014, p. 885 ss.
- UEBERSAX PETER, Der Rechtsmissbrauch im Ausländerrecht, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Achermann Alberto/Caroni Martina/Epiney Astrid/Kälin Walter/Minh Son Nguyen (éd.), Annuaire du droit de la migration 2005/2006, Berne 2006, p. 3 ss.
- VAN RIJN ARJEN, Art. 12 ECHR, in: van Dijk Pieter/van Hoof Fried/van Rijn Arjen/Zwaak Leo (éd.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Cambridge/Anvers/Portland 2018, p. 837 ss.
- VANWINCKELEN KOEN, Die Entscheidung Fretté und das europäische Familienrecht: Der EuGHMR fällt aus seiner (Vorreiter-)Rolle, FamPra.ch 2003, p. 574 ss.
- VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3^e éd., Zurich 2020.

- WIESNER-BERG STEPHANIE, «Babyklappe» und «anonyme Geburt»: Rechtskonflikte zwischen Mutter und Kind?, FamPra.ch 2010, p. 521 ss.
- WITTINGER MICHAELA, «Europäisches Familienrecht»: Die familienrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in jüngerer Zeit – Altbekanntes und Neues?, FamPra.ch 2009, p. 84 ss.
- WYTTENBACH JUDITH/GROHSMANN IRÈNE, Welche Väter für das Kind? Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Vielfalt von Elternschaft, PJA 2014, p. 149 ss.
- WYTTENBACH JUDITH/SCHLÄPPI ERIKA, Frauenrechte und Kinderrechte: Welche internationalen Beschwerdeverfahren kommen in Frage?, FamPra.ch 2018, p. 429 ss.
- ZIEGLER ANDREAS R., Les notions de la famille et du mariage dans la pratique du juge européen, in: Piotet Denis/Tappy Denis (éd.), L'arbre de la méthode et ses fruits civils – Recueil de travaux en l'honneur de Suzette Sandoz, Zurich 2006, p. 333 ss.

Trials and Punishment in the Rule of Law: The Influence of the ECHR on Criminal Law and Process

SARAH SUMMERS*

* Prof. Dr. iur., Universität Zürich. Many thanks to Prof. Dr. Antony Duff and Prof. Dr. Lindsay Farmer for comments on earlier drafts of parts of this article.



Table of Contents

A.	Introduction	276
B.	Fair 'Trials'	279
	I. Introduction	279
	II. Fairness	280
	1. Some General Observations on the Notion of Fairness in Article 6 ECHR	280
	2. Fairness as Guaranteeing the Right to be Heard in Adversarial Proceedings	284
	3. A Uniformly Applicable Conception of Fairness?	288
	III. Conceptualising Criminal Proceedings	290
	1. Defining 'Criminal' Offences	290
	2. Different Forms of Proceedings and the Challenge of Normative Regulation	293
	a. The Relationship between the Notion of the 'Criminal Charge' and the Proceedings	293
	b. Proceedings not classed as Criminal in Domestic Law	294
	aa. The Right to an Oral, Adversarial Hearing	295
	bb. Appeal to a Court with Full Jurisdiction on Facts and Law	302
	cc. Waiver of the Right to Judicial Review of Sentence Imposed by an Administrative Authority	304
	c. Proceedings Classed as Criminal in National Law	305
	aa. Road Traffic Offences	305
	bb. Plea-Bargaining Proceedings	307
	3. The Concept of 'Fair Trials' in Article 6(1) ECHR	308
	IV. Relevance of the Conceptualisation of 'Fair Trials' for Theory and Practice	312
C.	Justified Punishment	317
	I. Introduction	317
	II. Conceptualising Punishment(s)/'Penalties'	320
	1. The Scope of Application of Article 7(1) ECHR	320
	2. Sanctions Imposed for, following or as a result of a Criminal Conviction	323
	a. Distinguishing Punitive and Non-Punitive Sanctions	323
	aa. Revocation of Licences etc	325
	bb. Deportation Orders	327
	cc. Disqualification from Standing for Election	328
	b. Sanctions Imposed for a Criminal Offence: A Reassessment	328
	3. Sanctions imposed in the Absence of a Finding of Guilt as Punitive?	330
	III. The Substantive Requirements of Article 7(1) ECHR	332
	IV. The Concept of 'Justified Punishment' in Article 7(1) ECHR	335
	V. The Relevance of the ECtHR's Concept of 'Justified Punishment' for Theory and Practice	337
D.	Conclusions: Trials and Punishment in the Rule of Law	342
	Literatur	345

A. Introduction

There can be no denying the influence that the European Convention on Human Rights (ECHR) has had on the practice of criminal law generally and more specifically on criminal procedure law. Fairness, in particular, has exerted particular sway and has become the principal normative criterium for regulating and indeed legitimating the actions of state in its pursuit of criminal prosecutions across Europe. Equally, though, and perhaps less well recognised is the importance of the principle of legality, which acts to restrict states in the process of the attribution of criminal liability and the imposition of punishment. These notions of fairness and legality must be understood in the institutional context of a commitment to a liberal constitutional order.

The importance of the ECHR in the criminal law context reflects the significance of the European human rights project more broadly. The European Court of Human Rights (ECtHR) has taken on a dominant role in the development of international human rights law and part of the reason for its success in this regard has been its ‘universalism’ and focus on interpretative doctrine.¹ Notwithstanding the undeniable success and influence of the ECHR, there can be little doubt that both the ECtHR and the Convention are currently under sustained attack. This is connected to the rise of populism which has put pressure both on the integrity of the rule of law and on democracy.² The legitimacy of the ECtHR has been called into question both by those espousing a certain type of (legal) nationalism³ and by those advocating a narrow, formalistic vision of the rule of law. In this regard, it is important to note that while international supervisory mechanisms, like the ECHR, do sometimes serve to restrict national democratic decision-making processes, the purpose of the Convention is ultimately to protect and uphold democracy. These challenges to the rule of law and to the authority of the ECtHR underscore the importance not just of expressing commitment to constitutionalism⁴ but also to emphasising the significance both of the principles developed in the case law of the ECtHR and the values on which these are based.

1 ROBERT SPANO, *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, *Human Rights Law Review*, 14, 2014, 487 ff; see too TILMANN ALTWICKER, *Non-Universal Arguments under the European Convention on Human Rights*, *European Journal of International Law*, 31, 2020, 101 ff.

2 NICOLA LACEY, *Populism and the Rule of Law*, *Annual Review of Law and Social Science*, 2019, 79 ff.

3 For discussion, see OLIVER DIGGELMANN/SARA PANGRAZZI, *Die Kritik an der Rechtsprechung des EGMR in »alten« Demokratien*, in: Pöschl Magdalena/Wiederin Ewald (Hrsg.), *Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention*, Wien 2020.

4 See notably SUSANNE BAER, *The Rule of-and not by any-Law. On Constitutionalism*, *Current Legal Problems* 2018, 335; MATTHIAS MAHLMANN, *Constitutionalism and the Idea of Law*, in: Kassner Joshua/Starger Colin (eds), *The Value and Purpose of Law. Essays in Honor of MNS Sellers*, ARSP Beiheft 160, Stuttgart 2019, 187 ff.

In the criminal justice context, the ECtHR has been developing a distinct understanding of trials and punishment. This vision of criminal justice rests on notions of fairness and legality and importantly on a particular understanding of the rule of law. The task of regulating criminal proceedings in multiple jurisdictions, each with its own particular legal and cultural tradition, is without doubt a challenging one. It is unsurprising, then, that the ECtHR has, on occasion, encountered resistance from domestic courts.⁵ Less well recognised, though, is the real potential that the ECtHR's approach provides for theorising about criminal law and procedure. In this regard, the case law of the ECtHR is of particular significance not just because of its contribution to the development of normative, prescriptive principles but also because in developing these principles it has been forced to engage deeply with criminal justice as an empirical phenomenon.

The vision of criminal justice which is critiqued and legitimised in the case law of the ECtHR is rooted in actual practice. In this sense, the foundation of the ECtHR's normative vision differs significantly from other theoretical accounts of criminal law and process, which are sometimes criticised for failing to engage sufficiently with the realities of criminal justice. The failure to take seriously the importance of the definition or conceptualisation of key notions, notions such as 'criminal offence', 'punishment', or 'proceedings', is clearly of methodological relevance. There is not infrequently a sense that practices are 'answering to the theory and not the other way around'; that such theories are based on a type of 'aspirational' (as opposed to 'rational'⁶) reconstruction of the social practice of crime and punishment.⁷ This in turn gives rise to important questions about the purpose of theorising, at least to the extent that the purpose of such theories is to be understood as orientated towards the goals of explanation and justification. In the words of Lacey: 'What is at issue here is the relationship between a theory and the phenomena that it seems to present, rationalise or justify.'⁸

5 Eg *R v Horncastle (and others)* [2009] UKSC 14; *Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom* [GC], nos 26766/05 and 22228/06, ECHR 2011; *Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom*, nos 26766/05 and 22228/06, 20 January 2009; *Hutchinson v United Kingdom*, no 57592/08, 3 February 2005; *Hutchinson v United Kingdom* [GC], no 57592/08, ECHR 2017; *Von Hannover v Germany*, no 59320/00, ECHR 2004-VI; *Von Hannover v Germany (No 2)* [GC], nos 40660/08 and 60641/08, ECHR 2012; *von Hannover v Germany (No 3)*, no 8772/10, 19 September 2013; *VgT Verein gegen Tierfabriken v Switzerland*, no 24699/94, ECHR 2001-VI; *Verein gegen Tierfabriken v Switzerland (No 2)* [GC], no 32772/02, 30 June 2009; *Khoroshenko v Russia* [GC], no 41418/94, ECHR 2015.

6 See NEIL MACCORMICK, *Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 10, 1990, 539.

7 NICOLA LACEY, *Approaching or Rethinking the Realm of Criminal Law*, *Criminal Law and Philosophy*, 14, 2020, 307, 310-11: 'this method is characterized by a certain circularity and a lack of clarity about the precise balance between explanation, rationalisation, and prescription'.

8 LACEY (Fr. 7), 313. See also MATTHIAS MAHLMANN, *Ethics, Law and the Challenge of Cognitive Science*, *German Law Journal* 2007, 577, 578: 'No causal explanation of any kind will be

The disinclination of some theorists to engage with a conceptualisation of criminal law as an institutional practice formed by historical contingencies⁹ seems to be due in part to worries that to focus on a particular time and place represents some sort of unnecessary parochialism or relativism.¹⁰ This goes to the very heart of the point of theorising about criminal law and justice. Antony Duff puts it like this: '[S]hould theorists aspire to an a priori-ahistorical, a-geographical, a-contextual-theory of "the criminal law" as such: to, for instance, an account of the concept of criminal law, or of the metaphysical character of criminal law, or of the proper principles and aims of criminal law, that applies to all systems of criminal law whenever and wherever they exist? Or should we aspire only, more modestly, to an account of criminal law as it is or should be in some more local time and place (and if so, just how local must our account be)?'¹¹

To some extent, though, the law of the ECHR challenges this dichotomy between universalism and parochialism, precisely because the ECtHR has been developing a normative account of criminal justice which is firmly located in actual practice(s), but which, in view of the different legal cultures and traditions, is necessarily broader than national socio-legal accounts of criminal law and process. In this sense, the ECtHR might be seen to be developing prescriptive principles which are of broader (if not necessarily of 'universal') application, but which are able, indeed which are forced to be able, to take account of the changing regulatory priorities of the modern criminal justice system in seeking explain, legitimise and justify criminal law, punishment and process.

It is common in much of the writing on the ECHR and criminal justice for the focus to lie on the normative values at stake – values such a legality, liberty or fairness. While understandable, this focus overshadows the importance of the criminal processes themselves in the normative undertaking – notions such as hearings or punishment. A proper understanding of the relevance of the

successful if careful attention is not paid to the descriptive determination of the properties of the entity explained.>

- 9 There are, of course, a number of important exceptions, see, in particular: LINDSAY FARMER, *Criminal Wrongs in Historical Perspective*, in: Duff RA/Farmer Lindsay/Marshall Sandra E/ Renzo Massimo/Tadros Victor (eds), *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford 2011; LINDSAY FARMER, *Making the Modern Criminal Law: Criminalization and Civil Order*, Oxford 2016; NICOLA LACEY, *In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and the Social Sciences in Criminal Law Theory*, *Modern Law Review* 64, 2001; NICOLA LACEY, 'Historicising Criminalisation: Conceptual and Empirical Issues', *Modern Law Review* 72, 2009; NICOLAS LACEY, *In Search of Criminal Responsibility: Ideas, Interests, and Institutions*, Oxford 2016; ALAN W NORRIE, *Crime, Reason and History: A Critical Introduction to Criminal Law*, 3rd edn, Cambridge 2014.
- 10 FARMER, *Making the Modern* (Fn. 9), 116 addresses these concerns directly noting that the fact that while 'in each of the periods examined the form of the law can be linked to specific issues of civil order, to the form of the state, to ideas about individual agency, and so on ... this should not be read as an invitation to relativism or moral vacuity'.
- 11 RA DUFF, *Theorizing Criminal Law: a 25th Anniversary Essay*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 2005, 353, 353.

ECHR for the criminal law must take into account the manner in which notions such as ‘fair trials’ or ‘justified punishment’ are conceptualised as a whole. We can only understand the importance of the ECtHR’s normative project by taking proper account of the process which it sets out to justify and to some extent explain. At the same time, theories of the criminal law and procedure ought to be able to account for the processes and practices, which appear regularly in the case law of the ECtHR.

This article sets out, then, to examine the importance of the ECHR in both criminal law theory and practice. It seeks to make both a methodological argument about theorising about criminal law and procedure and a more substantive point regarding the principles and values underpinning the commitment to trial and punishment in the rule of law. In order to do this, it will first consider the manner in which the phenomena of the criminal justice process are captured in the ECtHR’s conceptualisation of ‘fair trials’ and ‘justified punishment’ before going on to consider the relevance of this understanding of the regulation of the criminal process and punishment for theory and practice.

B. Fair ‘Trials’

I. Introduction

The criminal trial may lie at the heart of the criminal process in the public imagination but the reality of the criminal process in Europe – and indeed the USA – is radically different. Only a tiny fraction of criminal cases proceeds to trial; the vast majority are concluded by way of a plea bargain or some other form of summary justice.¹² The trial nevertheless continues to occupy a central role in criminal law theorising.¹³ It also sits at the centre of the human rights regulation of criminal proceedings. Article 6(1) ECHR is entitled the ‘right to a fair trial’,¹⁴ while the text of the provision refers to the right to a fair and public ‘hearing’ before an independent and impartial tribunal. There can be little doubt that ‘trials cast a long shadow over the whole criminal process’.¹⁵

12 RICHARD LIPPEKE, *The Ethics of Plea Bargaining*, New York 2011; MARC THOMMEN, *Kurzer Prozess/fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit*, Bern 2013; FELIX BOMMER, *Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich*, ZSR 128, 2009 II, 5–124.

13 RA DUFF, *The Realm of the Criminal Law*, Oxford 2018, 35 ff.

14 Although it should be noted that the title was added subsequently by Protocol No 11 and was not intended to substantively alter the scope of the provision, Protocol No 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby (ETS No 155)

15 RA DUFF/LINDSAY FARMER/SANDRA E MARSHALL/VICTOR TADROS, *The Trial on Trial 3: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford 2007, 8: ‘In this particular context, it is worth emphasising that when defendants engage in a plea bargain, their bargaining power will be in large part determined by the likely consequences of going to trial. Ensuring that trials

The principal point of reference for the ECtHR in developing its notion of fairness is without doubt the trial. This is particularly evident in relation to the challenges faced in regulating the pre-trial or investigative phases of the proceedings. The regulation of the investigation is very much orientated towards ensuring the fairness of subsequent trial proceedings. Equally, though, the ECtHR has had to consider whether other types of proceedings, which might be said to involve the determination of a criminal charge, are compatible with the idea of the right to a fair trial. In particular, the autonomous definition of ‘criminal charge’ in Article 6 ECHR¹⁶ has led the ECtHR to class some matters, deemed in national law to have administrative or regulatory character, as essentially criminal in nature for the purposes of Article 6(1) ECHR. It has also had to examine the compatibility of plea-bargaining proceedings with its notion of fairness.

These other types of proceedings might be understood to challenge the idea of the trial as the pinnacle of criminal proceedings. At the same time, they give rise to the question whether a ‘universal’ notion of fairness can be developed, which is separate from the procedures to which it is to be applied. In order to examine these issues, it is useful to first outline briefly the understanding of fairness as defence rights in Article 6(1) ECHR before going on to consider the manner in which criminal proceedings are conceptualised in the case law. This will provide the basis for considering the importance not just of fairness but of the conceptualisation of ‘fair trials’ in theory and practice.

II. Fairness

1. *Some General Observations on the Notion of Fairness in Article 6 ECHR*

It would not be an overstatement to claim that the regulation of criminal proceedings in Europe has been revolutionised by the common commitment to the right to a fair trial as guaranteed by Article 6 ECHR. The provision states that in the ‘determination’ of a ‘criminal charge’, the accused is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law and to be ‘presumed innocent until proven guilty according to law’. The concept of fairness in the first paragraph is provided further elucidation in the context of criminal proceedings in the third paragraph which refers to a number of ‘minimum rights’ which are to be upheld. The accused are to be informed promptly, in a language which they understand and in detail, of the nature and cause of the accusation against them; to have adequate time and facilities for the preparation of the defence; to have the right to defend them-

are fair will be a necessary if not sufficient condition for ensuring that any plea bargaining is fair. A plea bargain could not possibly be fair if the defendant was faced with the prospect of an unfair trial’.

16 *Öztürk v Germany*, 21 February 1984, Series A no 73; *Engel and Others v Netherlands*, 8 June 1976, Series A no 22.

selves in person or through legal assistance of their choosing or, if they have not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require; to examine or have examined witnesses against them and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against them; and to have the free assistance of an interpreter if they cannot understand or speak the language used in court.¹⁷

The right to fair trial and its various constituent elements have been developed in the ECtHR's extensive case law on Article 6 ECHR.¹⁸ It is important to note at the outset that there are (at least) two distinct notions of fairness in the provision.¹⁹ First, the right to a 'fair hearing' as set out in Article 6(1) ECHR, which embodies *inter alia* the right to be heard and the idea of the equality of arms, and second the idea of fairness as a whole. In the early case law, this idea of fairness as a whole was mainly used to allow for a finding of a violation, even if the various specific rights in Article 6 ECHR had technically been respected. In *Barberà*, for instance, the ECtHR noted that: 'Having regard to the belated transfer of the applicants from Barcelona to Madrid, the unexpected change in the court's membership immediately before the hearing opened, the brevity of the trial and, above all, the fact that very important pieces of evidence were not adequately adduced and discussed at the trial in the applicants' presence and under the watchful eye of the public, the Court concludes that the proceedings in question, taken as a whole, did not satisfy the requirements of a fair and public hearing.' Consequently, it held that there had been a violation of Article 6(1) ECHR.²⁰ The notion of 'fairness as a whole' seemed to offer additional protection to those subject to criminal proceedings rather than operating as a restriction. A violation of any of the individual components of the right to a fair trial would automatically give rise to a violation of Article 6 ECHR. In these cases, any further consideration of the fairness of the proceedings as a whole was considered to be superfluous.²¹

In its more recent case law, though, the ECtHR seems to have fundamentally redefined this idea of 'fairness as a whole' in order to allow the proceedings to be characterised as fair, in spite of evidence of clear procedural defects. In *Ibrahim and Others*, for instance, it noted somewhat confusingly that while the right

17 Art 6(3) ECHR: 'Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights'.

18 For consideration of the right to a fair trial in Article 6 ECHR, see in particular: JOCHEN A FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention*. EMRK Kommentar, Kehl am Rhein 2022; FRANK MEYER, Band X: EMRK, in: Wolter J (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl., Köln 2019; JOHN D JACKSON/SARAH J SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge 2012; STEFAN TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2005.

19 SARAH J SUMMERS, *Fair Trials: The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford 2007, ch 4.

20 *Barberà, Messengué and Jabardo v Spain*, 6 December 1988, Series A no 146, § 89.

21 See TRECHSEL (Fn. 18), 86; see too *Mirilashvili v Russia*, no 6293/04, 11 December 2008, § 165.

to a fair trial in Article 6(1) ECHR was ‘an unqualified right’, the definition of ‘what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case’. It then referred to the centrality of the importance of evaluating the ‘overall fairness of the proceedings’.²² It held that: ‘Compliance with the requirements of a fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident, although it cannot be excluded that a specific factor may be so decisive as to enable the fairness of the trial to be assessed at an earlier stage in the proceedings’.²³

The ECtHR held that in evaluating the ‘overall fairness of the proceedings’, it would take account of the minimum rights in Article 6(3) ECHR, which it characterized as ‘specific aspects of the concept of a fair trial in criminal proceedings in Article 6(1)’.²⁴ It then held, however, that ‘those minimum rights’ were ‘not aims in themselves: their intrinsic aim is always to contribute to ensuring the fairness of the criminal proceedings as a whole’.²⁵ In addition, it noted not just that in the determination of whether the proceedings as a whole had been fair, it was legitimate for the ‘weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue’ to be taken into consideration,²⁶ but also that ‘Article 6 should not be applied in such a manner as to put disproportionate difficulties in the way of the police authorities in taking effective measures to counter terrorism or other serious crimes in discharge of their duty under Articles 2, 3 and 5(1) of the Convention to protect the right to life and the right to bodily security of members of the public’.²⁷ The reference at the end of this paragraph to the idea that ‘public interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant’s defence rights’²⁸ seems more of an afterthought than any sort of proper reflection on the real dangers associated with this sort of approach.

22 *Ibrahim and Others v United Kingdom* [GC], nos 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351, ECHR 2016, § 250, citing *Taxquet v Belgium* [GC], no 926/05, ECHR 2010, § 84; and *Schatschaschwili v Germany* [GC], no 9154/10, ECHR 2015, § 101.

23 *Ibrahim and Others v United Kingdom* [GC], nos 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351, ECHR 2016, § 251.

24 *Salduz v Turkey* [GC], no 36391/02, ECHR 2008, § 50; *Gäfgen v Germany* [GC], no 22978/05, ECHR 2010, § 169; *Dvorski v Croatia* [GC], no 25703/11, ECHR 2015, § 76; and *Schatschaschwili v Germany* [GC], no 9154/10, ECHR 2015, § 100.

25 See *Can v Turkey*, no 9300/81 (report), 12 July 1984, § 48; *Mayzit v Russia*, no 63378/00, 20 January 2005, § 77; *Seleznev v Russia*, no 15591/03, 26 June 2008, § 67.

26 Referring to *Jalloh v Germany* [GC], no 54810/00, ECHR 2006-IX, § 97.

27 *Sher and Others v United Kingdom*, no 5201/11, ECHR 2015, § 149.

28 *Ibrahim and Others v United Kingdom* [GC], nos 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351, ECHR 2016, § 252, referring to *Jalloh v Germany* [GC], no 54810/00, ECHR 2006-IX, § 97; *Bykov v Russia* [GC], no 4378/02, 10 March 2009, § 93; and *Aleksandr Zaichenko v Russia*, no 39660/02, 18 February 2010, § 39.

These dangers are clearly illustrated by the reasoning employed by the ECtHR in this case to restrict what had previously been understood to constitute a bright-line rule on the right to assistance of counsel. The case concerned the prosecution of a number of individuals, who were charged with terrorist offences in connection with the London bombings in 2005. Three of the applicants were interviewed without having had access to a lawyer and their statements were admitted in evidence against them at trial.

The ECtHR held that restrictions on the right to legal advice might be compatible with Article 6 ECHR, providing there were compelling reasons for these restrictions on access to legal advice and that ‘the overall fairness of the trial was not irretrievably prejudiced by the restriction’.²⁹ It then went on to suggest that even in the absence of ‘compelling reasons for restricting access to legal advice’, restrictions might be permissible. The suggestion that the ECtHR would ‘apply a very strict scrutiny to its fairness assessment’ is of little consolation here. The ECtHR accepted the Government’s argument that ‘the potential for loss of life on a large scale, the urgent need to obtain information on planned attacks and the severe practical constraints under which the police were operating’ constituted exceptional circumstances and taken together with other factors notably the ‘regulation of the restrictions in domestic law, whether the restriction was based on an individual assessment of the particular circumstances of the case and whether the restriction was temporary in nature’ constituted compelling reasons for delaying the applicant’s access to legal advice.³⁰

It then concluded after taking into account the manner in which the restrictions were regulated in law, the discretion of the court to exclude evidence at trial on fairness grounds, the extent of other evidence and the public interest in the investigation and punishment of crime, that notwithstanding the delay in affording the first three applicants access to legal advice and the admission at trial of statements made in the absence of legal advice, the proceedings as a whole in respect of each applicant were fair.³¹

It is important to approach this judgment carefully. The case was obviously extremely high-profile and political in nature. The applicants were accused of attempting to carry out suicide bombings in London just weeks after a similar campaign had resulted in the deaths of 52 people and injuries to hundreds more. There is no doubt that this was a challenging time for the investigating and prosecuting authorities and that uncertainty about further attacks was of central concern and impacted on the manner in which the investigation was conducted. Nevertheless, this interpretation of ‘fairness as a whole’ is clearly problematic and the case sets a dangerous precedent. In the context of serious

29 *Ibrahim and Others v United Kingdom* [GC], nos 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351, ECHR 2016, § 265.

30 *Ibid.*, § 277.

31 *Ibid.*, § 294.

offences, and particularly in challenging times, it is of the utmost importance that the ECtHR stresses the commitment to human rights and the rule of law.³² The case not only reduces the level of protection developed in the case law in relation to the right to counsel. It also threatens the coherence of the guarantee by framing fairness in terms which allow for some sort of abstract balancing exercise in individual cases between trial rights and effective investigations. The approach can be understood principally as an overt attempt to make space for instrumental, outcome-related concerns. This, though, is difficult if not impossible to reconcile with the understanding of fairness as based on protecting the autonomy of the individual in the rule of law by upholding the commitment to the right to be heard in adversarial proceedings.

2. *Fairness as Guaranteeing the Right to be Heard in Adversarial Proceedings*

The ‘right to be heard’ lies at the heart of the notion of fairness in Article 6 ECHR.³³ It is fundamentally connected to a specific understanding of proceedings as ‘adversarial’ in nature: ‘The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that ... [the] defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the [prosecution].’³⁴ The paradigmatic vision of adversarial proceedings involves an oral, public hearing supervised by an independent and impartial judge: ‘the object and purpose of Article 6 of the Convention taken as a whole show that a person charged with a criminal offence is entitled to take part in the hearing. Moreover, sub-paragraphs (c) and (d) of paragraph 3 guarantee to “everyone charged with a criminal offence” the right “to defend himself in person” and “to examine or have examined witnesses”, and it is difficult to see how these rights could be exercised without the person concerned being present.’³⁵

The right to be heard in this sense should be understood principally as orientated towards treating people as equals, as intelligent agents with an understanding of their own interests and with the ability to respond appropriately to the law’s demands.³⁶ In addition, it protects a variety of instrumental interests, including accuracy, reliability, and acceptance of the verdict. It is important to

32 See too the dissenting opinion of Judge Sajo attached to the judgment, *Ibrahim and Others v United Kingdom* [GC], nos 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351, ECHR 2016.

33 See too TRECHSEL (Fn. 18), 89.

34 *Öcalan v Turkey* [GC], no 46221/99, ECHR 2005-IV, § 146; this has been the standard formulation for the last 30 years, see eg *Brandstetter v Austria*, judgment of 28 August 1991, Series A no 211, §§ 66–67.

35 See eg *Zana v Turkey* [GC], 25 November 1997, Reports 1997-VII, § 68.

36 See on this, in particular: LON L FULLER, *The Morality of Law*, New Haven 1964, ch 2; MATTHIAS MAHLMANN, *Human Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders*, in: ROSENFIELD M/SAJO A (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford

note too that the guarantee of the right to be heard is stricter in criminal cases than in civil cases.³⁷ This reflects recognition of the seriousness of the interference of the state in the rights of the individual criminal cases, of the role and powers of the investigation and prosecution authorities, and of the fact that the accused will likely require assistance in understanding the proceedings and responding to the prosecution case. The case law on the right to a fair trial in criminal cases is extensive. For our purposes, it is useful to consider three distinct issues which are of particular importance in supporting the right to be heard and the values on which it is based: the right to counsel, the privilege against self-incrimination and the right to waive trial rights.

The role of defence counsel has taken on particular importance and this is reflected in the fact that the rights in Article 6 ECHR are commonly characterised as ‘defence rights’. Article 6 (3)(c) ECHR guarantees the right of the accused to defend oneself, to receive ‘legal assistance’ and under certain conditions to be afforded legal aid. As a general rule, an accused will be entitled to choose to defend him or herself, unless the interests of justice require otherwise.³⁸ Some countries make provision for the mandatory appointment of counsel in certain situations.³⁹ Providing there are relevant and sufficient grounds for this decision, this will not violate Article 6(3)(c) ECHR.⁴⁰ The right to counsel is frequently described as a ‘fundamental’ feature of criminal proceedings.⁴¹ In *Beuze*, the ECtHR referred to a multitude of aims fulfilled by the right to prompt access to a lawyer, including: preventing ‘miscarriages of justice’ and ensuring ‘equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the accused’; providing ‘an important counterweight to the vulnerability of suspects in police custody’ and ‘a fundamental safeguard against coercion and ill-treatment of suspects by the police’; addressing the fact ‘that the vulnerability of suspects may be amplified by increasingly complex legislation on criminal procedure, particularly with regard to the rules governing the gathering and use of evidence’; and ensuring respect for the privilege against self-incrimination and the right to remain silent’.⁴²

The right was initially interpreted as guaranteeing, in the first place, the right to the assistance of counsel at trial. There was considerably less certainty as to whether the accused was entitled to be assisted by counsel during the investiga-

2012, 385; JEREMY WALDRON, *How Law Protects Dignity*, Cambridge Law Journal, 71, 2012, 200, 208 ff.

37 *Moreira Ferreira v Portugal (no 2)* [GC], no 19867/12, 11 July 2017, § 67; *Carmel Saliba v Malta*, no 24221/13, 29 November 2016, § 67.

38 See *Galstyan v Armenia*, no 26986/03, 15 November 2007, § 91.

39 See eg section 131 of the Swiss Code of Criminal Procedure.

40 See *Correia de Matos v Portugal* [GC], no 56402/12, 4 April 2018, § 143.

41 *Salduz v Turkey* [GC], no 56402/12, 4 April 2018, § 51; *Ibrahim and Others v United Kingdom* [GC], nos 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351, ECHR 2016, § 255; *Beuze v Belgium* [GC], no 71409/10, 9 November 2018, § 123.

42 *Beuze v Belgium* [GC], no 71409/10, 9 November 2018, § 125.

tion phase of the proceedings and in particular to insist on a right to meet counsel in order to prepare, or even be assisted by counsel during, pre-trial hearings conducted by the police or the prosecution authorities. The situation changed dramatically following the judgment in *Salduz*. In this case, the ECtHR noted that the provision did not ‘specify the manner of exercising this right’ and thus left ‘to the Contracting States the choice of the means of ensuring that it is secured in their judicial systems’. The role of the ECtHR was to determine whether the method chosen was consistent with ensuring the ‘practical and effective’ exercise of the right to a fair trial.⁴³ It noted that: National laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings. In such circumstances, Article 6 will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation.⁴⁴ The reference here to decisive ‘consequences’ seems to be a reference principally to the subsequent reliance on such statements in evidence of guilt at trial. Although the right could be subject ‘to restrictions for good cause’, such restrictions had to be justified.⁴⁵

It noted expressly ‘the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial’⁴⁶ It also referred to the fact that ‘an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which is amplified by the fact that legislation on criminal procedure tends to become increasingly complex, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence. In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task it is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself.’⁴⁷

It held too that the right to counsel ‘presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused’.⁴⁸ It concluded that ‘the rights of the accused will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.’⁴⁹ As dis-

43 *Salduz v Turkey* [GC], no 56402/12, 4 April 2018, § 51.

44 *Ibid.*, § 52.

45 *Ibid.*, § 52.

46 *Ibid.*, § 54 citing *Can v Austria* (report), no 9300/81, 12 July 1984, Series A no 96, § 50.

47 *Salduz v Turkey* [GC], no 56402/12, 4 April 2018, § 54.

48 *Jalloh v Germany* [GC], no 54810/00, ECHR 2006-IX, § 100; and *Kolu v Turkey*, no 35811/97, 2 August 2005, § 51.

49 *Salduz v Turkey* [GC], no 56402/12, 4 April 2018, § 55.

cussed above, the ECtHR rowed back from this conclusion in *Ibrahim and Others* and seemed to allow for the use of such statements to be used in the event of compelling circumstances. For our purposes, it is important to note the connection between the aims of the right to counsel in criminal cases and those of the right to be heard. Counsel is necessary to assist the accused in presenting his or her case and as a direct response to the powers of the investigation and prosecution authorities.

There is a clear connection between the right to counsel and the privilege against self-incrimination.⁵⁰ This reflects too the relationship between the right to be heard and the right of an individual to refuse to cooperate or actively participate in the proceedings. Although not expressly mentioned in the ECHR, the right to remain silent and the privilege against self-incrimination have been referred to by the ECtHR as lying at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6.⁵¹ The ECtHR has explained that ‘by providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities’, the guarantees contribute both to ‘avoiding miscarriages of justice and to securing the aims of Article 6 ECHR’.⁵² The privilege against self-incrimination is of essential importance to ensuring that individuals are treated as autonomous agents and more specifically to allowing them to present their case as they see fit in the context of adversarial proceedings. The right has been described as ‘relative’ in the sense that the determination of whether the very essence of the privilege against self-incrimination was violated will turn on a number of factors including, the nature and degree of compulsion; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put.⁵³

The ECtHR has recognised, too, the right of those accused of criminal offence to waive their rights, such as the right to counsel or to cross examine witnesses, or even the right to a trial altogether. The ECtHR has developed a number of principles to regulate the validity of a waiver. This reflects too the importance of treating individuals with the competence to present their defence as they see fit. It has held that the waiver of a right guaranteed by the Convention – insofar as it is permissible – must be established in an unequivocal manner⁵⁴ and must be accompanied by ‘minimum guarantees commensurate to its

50 *O’Halloran and Francis v United Kingdom* [GC], nos 15809/02 and 25624/02, ECHR 2007-VIII, § 45; *Funke v France*, 25 February 1993, Series A no 256-A, § 44.

51 The right to remain silent is not absolute, *John Murray v United Kingdom* [GC], 8 February 1996, Reports 1996-I, § 47; *Ibrahim and Others v United Kingdom* [GC], nos 50571/08 50573/08 40351/09, 13 September 2016, § 269.

52 See *John Murray v United Kingdom* [GC], 8 February 1996, Reports 1996-I, § 45; *Bykov v Russia* [GC], no 4378/02, 10 March 2009, § 92.

53 *Jalloh v Germany* [GC], 8 February 1996, Reports 1996-I, § 101; *O’Halloran and Francis v United Kingdom* [GC], nos 15809/02 and 25624/02, ECHR 2007-VIII, § 55; *Bykov v Russia* [GC], no 4378/02, 10 March 2009, § 104; *Ibrahim and Others v United Kingdom* [GC], nos 50571/08 50573/08 40351/09, 13 September 2016, § 269.

54 *Oberschlick v Austria (No 1)*, 23 May 1991, Series A no 204, § 51

importance’, including in particular that it can be classed as ‘voluntary’.⁵⁵ Some guarantees in Article 6 ECHR are deemed so important to the notion of a fair trial and to ensuring the effectiveness of the rest of the guarantees set forth in Article 6 – notably the right to counsel – as to ‘require the special protection of the “knowing and intelligent waiver” standard.’⁵⁶ In particular, it must be shown that the accused could reasonably have foreseen the consequences of his or her conduct.⁵⁷ This means, for instance, that in those cases in which a person charged with a criminal offence was not notified in person, it cannot simply be inferred that he or she waived the right to appear at the trial.⁵⁸ In addition, a waiver must not run counter to any important public interest.⁵⁹ Difficult questions arise here as to whether the accused can waive certain rights, notably the right to a public trial,⁶⁰ to an impartial judge,⁶¹ or to the assistance of an interpreter.⁶² This reflects the fact that many individual rights also have an institutional component and that states have certain obligations to ensure compliance with these rights in order to uphold their commitment to the rule of law. In these types of situations, a waiver will not impact on the state’s obligation to ensure that the procedural guarantees are upheld.⁶³

3. *A Uniformly Applicable Conception of Fairness?*

The essence of the notion of fairness in Article 6 ECHR is the idea that the accused person is to be made aware of and given the opportunity to respond to the prosecution’s case. Although the ECtHR notes that ‘various ways are con-

55 *Pfeifer and Plankl v Austria*, 25 Nov 1992, Series A no 227, § 37; see *Sejdovic v Italy* [GC], no 56581/00, ECHR 2006-II, § 86; *Kolu v Turkey*, no 35811/97, 2 August 2005, § 53; and *Colozza v Italy*, 12 February 1985, Series A no 89, § 28; *Pishchalnikov v Russia*, no 7025/04, 24 September 2009.

56 See *Dvorski v Croatia* [GC], no 25703/11, ECHR 2015, § 101; see *Pishchalnikov v Russia*, no 7025/04, 24 September 2009, §§ 77–79 (right to counsel cases).

57 *Hermi v Italy* [GC], no 18114/02, ECHR 2006-XII, § 74; *Jones v United Kingdom* (dec), no 30900/02, 9 Sept 2003.

58 *Colozza v Italy*, 12 February 1985, Series A no 89, § 28; *Sejdovic v Italy* [GC], no 56581/00, ECHR 2006-II, § 86.

59 *Hermi v Italy* [GC], no 18114/02, ECHR 2006-XII, § 73; *Sejdovic v Italy* [GC], no 56581/00, ECHR 2006-II, § 86; *Dvorski v Croatia* [GC], no 25703/11, ECHR 2015, § 100.

60 For discussion, see TRECHSEL (Fn. 18), 121–123.

61 *Pfeifer and Plankl v Austria*, 25 Nov 1992, Series A no 227, § 39 in which the ECtHR expresses doubt about whether the right to an impartial judge can be waived.

62 *Cuscani v United Kingdom*, no 32771/96, 24 September 2002, §§ 38–40, where the ECtHR ruled that the trial judge as the ‘ultimate guardian’ of the fairness of the proceedings had an obligation to ensure that the accused could follow the proceedings, despite the fact that defence counsel had expressly stated that they would manage without an interpreter.

63 For discussion see JOHN JACKSON/SARAH SUMMERS, *Seeking Core Fair Trial Standards across National Boundaries: Judicial Impartiality, the Prosecutorial Role and the Right to Counsel*, in: Jackson John/Summers Sarah (eds), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings: Individual Rights and Institutional Forms*, Oxford 2018.

ceivable in which national law may meet this requirement',⁶⁴ Article 6 ECHR propagates quite a distinct understanding of the context in which this must occur, namely at an adversarial, oral, public hearing before an independent and impartial judge.

Article 6 ECHR may be concerned with trials, but it is the police and investigation phase which looms large in the case law of the ECtHR. Much of the case law is concerned with determining the relationship between the investigation phase and the trial. It is well established that even if the 'primary purpose' of Article 6 in criminal proceedings is 'to ensure a fair trial by a "tribunal" competent to determine "any criminal charge"', the provision is also important in pre-trial proceedings.⁶⁵ In particular, Article 6 ECHR 'may be relevant before a case is sent for trial if and so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions'.⁶⁶ Difficult questions arise, in particular, regarding the determination of whether and under which conditions access to the various defence rights may be restricted or delayed at the earlier stages of the proceedings. The difficulties in establishing a coherent approach in this regard are exacerbated by the wide variety of different forms of regulation across the continent.

Another challenge faced by the ECtHR, which is of particular relevance in the present context, is that of ensuring the fairness of other forms of proceedings beyond 'ordinary' criminal proceedings. The ECtHR has had to consider the issue of settlement proceedings and in particular the issue of whether and under which circumstances an accused person should be able to waive the right to a trial and accept a plea agreement. It has also had to engage with the legitimacy of restrictions of the rights of the accused in the context of minor road traffic offence. Finally, the ECtHR has had to consider the regulation of administrative proceedings which involve offences not defined in national law as criminal, but which are deemed under the ECtHR's autonomous definition to constitute criminal offences for the purposes of Article 6 ECHR. Its struggle to develop a coherent approach to the regulation of these types of proceedings draws attention to the importance of considering what it is that is distinctive about criminal proceedings. Why is it necessary to develop a distinct regulatory framework for the determination of the 'criminal charge'?

64 *Öcalan v Turkey* [GC], no 46221/99, ECHR 2005-IV, § 146; this has been the standard formulation for the last 30 years, see eg *Brandstetter v Austria*, 28 August 1991, Series A no 211, §§ 66–67.

65 *Salduz v Turkey* [GC], no 36391/02, ECHR 2008, § 50.

66 *Imbrioscia v Switzerland*, 24 November 1993, Series A no 275, § 36.

III. Conceptualising Criminal Proceedings

1. Defining 'Criminal' Offences

Of central importance to the scope of application of Article 6 ECHR is consideration of whether the proceedings are to be understood as involving the determination of a 'criminal charge'. In an early case, *Engel*, the ECtHR set out the criteria which continue to regulate this matter. In this case the ECtHR staked out its case for the development of what it refers to as an 'autonomous' definition of the criminal charge.⁶⁷ It noted that if states were permitted unilaterally to determine whether the proceedings were 'criminal' in nature, 'the fundamental clauses of Articles 6 and 7 would be subordinated to the sovereign'.⁶⁸ States would be able to use the definition of criminal proceedings to control the scope of application of the guarantees of fairness and legality. This emphasises that the concern here was that a narrow definition of criminal proceedings might result in the circumvention of the right to a fair trial. In addition, allowing states to control the definition of 'criminal offence' would likely interfere with the development of a uniform standard of application across Europe.

The determination of whether proceedings are criminal in nature involves consideration first of whether the offence is classified as criminal in national law. As a rule, if the offence is considered to be criminal in domestic law that is sufficient to bring the matter within the scope of Article 6 ECHR. In this sense, the contracting states have sole competence for the positive definition of proceedings as criminal in nature. If the offence is not classed as criminal in national law, though, the ECtHR will go on to consider two further criteria.

The second criterion is the 'nature of the offence' or perhaps more accurately the character of the legal rule applied.⁶⁹ The ECtHR has referred to a variety of factors in its attempt to establish the nature of the offence. These include, whether the rule was directed at a specific group of people or the general population as a whole;⁷⁰ whether the rule can be characterised as having a punitive or deterrent character;⁷¹ and the classification of the type of rule in the other contracting states.⁷²

67 *Engel and Others v Netherlands*, 8 June 1976, Series A no 22; see also *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v Iceland* [GC], nos 68273/14 and 68271/14, 22 December 2020, § 75.

68 *Engel and Others v Netherlands*, 8 June 1976, Series A no 22, § 81.

69 CHRISTOPH GRABENWARTER, *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: eine Studie zu Artikel 6 EMRK auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs, Deutschlands und Österreichs*, Vienna 1997.

70 *Bendenoun v France*, 24 February 1994, Series A no 284, § 47.

71 *Öztürk v Turkey*, 21 February 1984, Series A no 73, § 53

72 *Ibid.*, § 53; in *Weber v Switzerland*, no 3688/04, 26 July 2007, § 33, for instance, which concerned restrictions set out in the criminal procedure code on disclosing confidential information about criminal proceedings, the ECtHR noted that, 'in the great majority of Contracting States disclosure of information about an investigation still pending constitutes an act incompatible with such rules and is punishable under a variety of provisions'.

The third factor is the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. As Trechsel notes: ‘The sanction incurred has a decisive importance in the sense that there is no criminal charge unless the possibility of a conviction and sentence exists.’ On the other hand, the fact that an offence is not punishable by imprisonment is not by itself decisive for the purposes of the applicability of the criminal limb of Article 6. The ECtHR has stressed on numerous occasions that ‘the relative lack of seriousness of the penalty at stake cannot deprive an offence of its inherently criminal character’.⁷³ The second and third criteria are generally treated as alternative, and not cumulative, although the ECtHR will sometimes take a cumulative approach where this is necessary in order to reach a clear conclusion.⁷⁴

Difficulties exist here principally in separating ‘criminal offences’ from other types of ‘offences’, notably those of a disciplinary or administrative nature. In a number of cases, the ECtHR has distinguished disciplinary and criminal proceedings. A good example of the type of reasoning that the ECtHR employs is set out in *Müller-Hartburg v Austria*. In this case, the ECtHR held that disciplinary proceedings against a lawyer fell outside the scope of application of the criminal limb of Article 6 ECHR. It noted first that in domestic law, the offence of professional misconduct was disciplinary in nature. The proceedings were not ‘conducted by the public prosecutor’s offices and the criminal courts, but by disciplinary authorities under the supervision of the Constitutional Court.’ As regards the nature of the rules, the ECtHR noted that they were not ‘addressed to the general public but to the members of a professional group possessing a special status, namely practising lawyers and trainee lawyers’.⁷⁵ The ECtHR noted that the aim of the offence was ‘to ensure that members of the bar comply with the specific rules governing their professional conduct’ and to protect ‘profession’s honour and reputation and at maintaining the trust the public places in the legal profession’. As regards the severity of the sanction, ‘written reprimand, a fine of up to ATS 500,000 (approximately EUR 36,000), temporary suspension of the right to practise, or striking off the register’, the ECtHR noted that with the exception of the fine, ‘these sanctions are typical disciplinary sanctions’. In addition, in contrast to fines in criminal proceedings fines under the Disciplinary Act did not ‘attract a prison term in the event of default’, as the disciplinary authorities have no power to impose deprivation of liberty. The severity of this sanction in itself was not sufficient

73 TRECHSEL (fn. 18); *Bimal DD v Bosnia and Herzegovina*, no 27289/17, 31 August 2021; see too *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v Portugal* [GC], nos 55391/13, 57728/13 and 74041/13, 6 November 2018 § 122 and *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v Iceland*, [GC], nos 68273/14 and 68271/14, 22 December 2020, § 78.

74 *Jussila v Finland* [GC], no 73053/01, ECHR 2006-XIV, §§ 30–31; *Ezeh and Connors v United Kingdom* [GC], nos 39665/98 and 40086/98, ECHR 2003-X, § 82; and *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall*, [GC], nos 68273/14 and 68271/14, 22 December 2020, §§ 77–78.

75 *Müller-Hartburg v Austria*, no 47195/06, 19 February 2013, § 44.

to bring the charges into the criminal sphere.⁷⁶ Consequently, the disciplinary proceedings against the applicant did not involve the determination of a ‘criminal charge’ within the meaning of Article 6(1) ECHR. This illustrates the understanding of the ECtHR of the distinctive nature of criminal proceedings as demanding particular safeguards and the importance of allowing states to have recourse to other types of proceedings, such as disciplinary proceedings without having to respect the guarantees of the criminal limb of Article 6 ECHR.⁷⁷

It has proven more difficult to distinguish criminal and administrative-type proceedings. In an early case involving road traffic offences, *Öztürk*, the German Government argued that minor traffic violations were regulatory, not criminal in nature. It argued that whereas the purpose of the criminal law was to safeguard the ‘foundations of society’ and ‘the rights and interests essential for the life of the community’,⁷⁸ regulatory rules (*Ordnungswidrigkeiten*) were designed ‘to maintain public order’. It argued that: ‘As a general rule and in any event in the instant case, commission of a ‘regulatory offence’ did not involve a degree of ethical unworthiness such as to merit for its perpetrator the moral value-judgment of reproach (*Unwerturteil*) that characterised penal punishment (*Strafe*).’⁷⁹ The Government drew attention to limits on the extent of coercive measures that could be imposed during the investigative phase, the fact that the fine could not be converted into a sentence of imprisonment in the event of default, and the fact that the fine was not listed in the criminal record.⁸⁰

The ECtHR was unconvinced by these arguments. It noted that ‘according to the ordinary meaning of the terms, there generally come within the ambit of the criminal law offences that make their perpetrator liable to penalties intended, inter alia, to be deterrent and usually consisting of fines and of measures depriving the person of his liberty.’ In addition, it referred to the fact that: ‘Whilst the latter penalty appears less burdensome in some respects than Geldstrafen, it has nonetheless retained a punitive character, which is the customary distinguishing feature of criminal penalties.’ In addition, it noted that the sanction was ‘directed, not towards a given group possessing a special status – in the manner, for example, of disciplinary law –, but towards all citizens in their capacity as road-users’ and thus ‘prescribes conduct of a certain kind and makes the resultant requirement subject to a sanction that is punitive’.⁸¹ It held that: ‘It matters little whether the legal provision contravened by Mr Öztürk is aimed at protecting the rights and interests of others or solely at meeting the demands of road traffic. These two ends are not mutually exclusive. Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive,

76 Ibid, § 45.

77 See too TRECHSEL (Fn. 18), 20 ff.

78 *Öztürk v Germany*, 21 February 1984, Series A no 73, § 52.

79 Ibid.

80 Ibid.

81 Ibid, § 53.

suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 of the Convention, criminal in nature'.⁸²

The case law on the notion of a criminal charge suggests that rules which are punitive in nature, even if they also have a preventive element, will be considered to be criminal. The definition of the criminal charge and of the concept of a penalty are thus inherently linked.⁸³ In essence, there is a certain circularity here in that the determination of whether the rule is criminal turns on the answer to the determination of whether the sanction imposed for the violation of the norm is really a penalty. At the same time, as we shall see, the determination of whether a sanction is a penalty turns on whether it was imposed for a violation of a criminal offence.

2. *Different Forms of Proceedings and the Challenge of Normative Regulation*

a. *The Relationship between the Notion of the 'Criminal Charge' and the Proceedings*

Do the requirements of Article 6 ECHR apply to all proceedings involving the determination of a 'criminal charge'? The general principle is clear: the requirements of Article 6 ECHR apply to all criminal proceedings irrespective of the type of offence at issue.⁸⁴ The reality, though, is somewhat different. The ECtHR has held that the guarantees governing criminal proceedings will not necessarily apply in full in all cases. Of particular relevance in this regard are those offences, which 'do not belong to the traditional categories of criminal law'.⁸⁵ This typically involves offences, which the ECtHR has found to fall within the scope of Article 6 ECHR despite the fact that they are not classed as criminal in nature in national law. The ECtHR's insistence on an autonomous notion of the criminal charge, and its refusal to allow punitive regulatory or administrative offences to be classed as falling 'outside the scope of the criminal limb of Article 6 ECHR',⁸⁶ give rise to difficult questions regarding the regulation of these types of proceedings. In short, the commitment to an autonomous definition of the criminal charge has put pressure on the notion of the uniform normative regulation of criminal proceedings.

⁸² Ibid.

⁸³ See *GIEM Srl and Others v Italy* [GC], App nos 1828/06, 34163/07 and 19029/11, 28 June 2018, joint party dissenting, partly concurring opinion of Judges Spano and Lemmens, attached to the judgment, § 17.

⁸⁴ See eg *Negulescu v Romania*, no 11230/12, 16 February 2021, §§ 39–42; *Bulgia v Romania*, no 22003/12, 16 February 2021, §§ 41–44; *Ibrahim and Others v United Kingdom* [GC], nos 50571/08 50573/08 and 40351/09, 13 September 2016, § 252.

⁸⁵ *Jussila v Finland* [GC], no 73053/01, ECHR 2006-XIV, § 43.

⁸⁶ See notably *Öztürk v Germany*, 21 February 1984, Series A no 73 and more recently *A Menarini Diagnostics Srl v Italy*, no 43509/08, 27 September 2011.

A separate but related issue concerns the regulation of plea-bargaining proceedings and other forms of summary justice. The ECtHR has held in a long line of case that the accused is entitled to waive the right to a trial altogether and has developed separate principles for ensuring the fairness of these proceedings, which are principally tied up with ensuring the voluntariness of the waiver. The majority of these cases, though, has concerned the imposition of fines in administrative proceedings. In more recent cases, the ECtHR has had to consider the fairness of plea-bargaining proceedings, which involve ‘ordinary’ criminal offences. Consideration of the manner in which the ECtHR has approached the regulation of these types of proceedings allows for consideration of the meaning of the trial and its relationship to the notion of criminal law.

b. Proceedings not classed as Criminal in Domestic Law

Criminal proceedings in Europe might be viewed as sharing certain core characteristics. Typically, such proceedings are instituted following or to enable investigations conducted by the police and prosecuting authorities. These authorities are afforded a wide range of coercive powers in order to ensure that criminal investigations can be conducted effectively and efficiently.⁸⁷ These include *inter alia* powers to detain individuals, subject them to periods of covert surveillance and to conduct (invasive) searches of their person and property. The power of the state authorities in the context of these proceedings, particularly in the investigation or pre-trial phase but also at trial, is of central importance to explaining the need for procedural guarantees designed to regulate and importantly to limit the extent of interferences in the rights of those subject to these proceedings. There is recognition, in particular, of the potential for the manner in which the investigation is conducted to impact on an accused person’s right to be heard at trial and the fairness of the subsequent trial more broadly. In the context of punishment, the state authorities typically have considerable powers to impose sanctions, notably imprisonment and financial penalties, which constitute serious interferences with individual rights. In short, the normative regulation of criminal proceedings has developed in direct response to the extent of the powers of the state.

87 In this regard, it is important to note, too, that states are under a positive obligation from human rights to ensure the effective prosecution of some types of crime, see eg *MC v Bulgaria*, no 39272/98, ECHR 2003-XII; *Gäfgen v Germany* [GC], no 22978/05, ECHR 2010 and for discussion of the ‘sword’ and ‘shield’ functions of the criminal law: FRANÇOISE TULKENS, *The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights*, *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, 577; ROBERT ROTH, *Libres propos sur la subsidiarité du droit pénal*, in: (eds), *Aux confins du droit: Essais en l’honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Basel 2001, 429, 437; YVES CARTUYVELS, *Les droits de l’homme, frein ou amplificateur de criminalisation?*, in: Dumont Hélène/Ost François/Van Drooghenbroeck Sébastien (eds), *La responsabilité, face cachée des droits de l’homme*, Brussels 2005, 391, 439.

Criminal proceedings thus differ materially not just from civil proceedings, but also from administrative proceedings or proceedings involving financial or competition matters. These types of proceedings are typically conducted by an administrative authority. Characteristically, the administrative authorities have limited investigatory powers and will only be able to impose sanctions of a financial nature. Although the initial decision in administrative cases will usually be taken by an administrative agency, there will generally be a right of appeal against this decision to a court of law.

If an offence is not classed as criminal in domestic law, it is highly likely that it will be regulated in administrative rather than criminal proceedings. The ECtHR has thus had to consider a number of cases in which applicants complained that the prescriptive requirements governing administrative proceedings fell below the more stringent demands of criminal trials and thus violated their right to a fair trial. Difficulties have arisen in relation to the question whether the guarantees of Article 6(1) ECHR must apply in full in those cases in which the accused refuses to accept the decision of the administrative authority. Essentially, the question is whether the appeal against the administrative decision must result in the institution of 'ordinary' criminal proceedings. In this regard, issues have arisen in particular in relation to the importance of oral, adversarial hearings, the right of access to a court with full jurisdiction on both facts and law and the waiver of the right to a review by a court.

aa. The Right to an Oral, Adversarial Hearing

In an important early case on the criminal charge and the rights of accused in proceedings not classed as criminal, *Öztürk v Germany*, the ECtHR set out its approach to these matters. A fine had been imposed on the applicant in administrative proceedings. Here the ECtHR held that: 'Having regard to the large number of minor offences, notably in the sphere of road traffic, a Contracting State may have good cause for relieving its courts of the task of their prosecution and punishment. Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6'.⁸⁸ This was the received approach for many years. In more recent times, the ECtHR has issued a number of judgments which call into question the stringency of this position.

In *Jussila*, the ECtHR had to consider whether the right to a fair trial was violated by the failure to hold an oral hearing following an accused person's refusal to accept a punitive sanction imposed in administrative or regulatory proceedings. The applicant was deemed to have made errors in his tax return and

88 *Öztürk v Germany*, 21 February 1984, Series A no 73, § 56.

the tax office imposed, *inter alia*, a 10% surcharge, which amounted to around 300 Euros. The applicant appealed to the administrative court which rejected his claims in written proceedings. It held that an oral hearing was manifestly unnecessary, and he was refused leave to appeal to the supreme administrative court. The ECtHR determined that the offence was criminal in nature, relying on the fact that the tax surcharges were not intended as pecuniary compensation for damage but as a punishment to deter re-offending and thus were ‘imposed by a rule whose purpose was deterrent and punitive’. The fact that the penalty was not particularly severe did not remove the matter from the scope of Article 6.⁸⁹ The ECtHR then had to consider whether the failure to hold an oral hearing violated the applicant’s right to a fair trial.

The right to an oral and public hearing has consistently been held by the ECtHR to constitute a ‘fundamental principle’ of Article 6(1) ECHR, particularly in criminal cases at first instance.⁹⁰ The ECtHR has repeatedly held that criminal proceedings must as a general rule meet all the requirements of Article 6 ECHR and provide the accused with the right to ‘have his case “heard”, with the opportunity, *inter alia*, to give evidence in his own defence, hear the evidence against him, and examine and cross-examine the witnesses.’⁹¹ Prior to the judgement in *Jussila*, the ECtHR had consistently held that the obligation to hold an oral hearing was mandatory in all criminal cases.⁹² It had imposed a less stringent standard in civil cases, noting that the right to an oral hearing was not absolute and that in ‘exceptional circumstances’ it might be acceptable to dispense with the requirement of an oral hearing.⁹³ Examples of exceptional circumstances have included cases, ‘where there are no issues of credibility or contested facts which necessitate a hearing and the courts may fairly and reasonably decide the case on the basis of the parties’ submissions and other written materials’.⁹⁴

In *Jussila*, the ECtHR held for the first time that the failure to hold an oral, public hearing in a criminal case did not constitute a violation of Article 6(1) ECHR. It framed this in terms of the importance of looking broadly at the ‘overarching principle of fairness’ in Article 6 ECHR⁹⁵ and affording the na-

89 *Jussila v Finland* [GC], no 73053/01, ECHR 2006-XIV, § 38.

90 See eg *Findlay v United Kingdom*, 25 February 1997, Reports 1997-I, § 79.

91 *Jussila v Finland* [GC], no 73053/01, ECHR 2006-XIV, § 40.

92 See too TRECHSEL (Fn. 18).

93 See notably *Håkansson and Stuesson v Sweden*, 21 February 1990, Series A no 171-A, §§ 64–66; *Fredin v Sweden (No 2)*, 23 February 1994, Series A no 283-A, §§ 21–22; *Allan Jacobsson v Sweden (No 2)*, 19 February 1998, Reports 1998-I, § 46.

94 See eg *Döry v Sweden*, no 28394/95, 12 November 2002, § 37; *Lundevall v Sweden*, no 38629/97, § 39, 12 November 2002, § 39; *Salomonsson v Sweden*, no 38978/97, 12 November 2002, § 39; *Göç v Turkey* [GC], no 36590/97, ECHR 2002-V, § 51.

95 *Jussila v Finland* [GC], no 73053/01, ECHR 2006-XIV, § para 42, citing *Pélissier and Sassi v France* [GC], no 25444/94, § 52, ECHR 1999-II, § 52 and *Sejdovic v Italy* [GC], no 56581/00, ECHR 2006-II, § 90.

tional authority sufficient scope to ‘have regard to the demands of efficiency and economy’.⁹⁶ It held that while ‘the requirements of a fair hearing are the most strict in the sphere of criminal law, the Court would not exclude that in the criminal sphere the nature of the issues to be dealt with before the tribunal or court may not require an oral hearing.’⁹⁷

It then went on to make a distinction between different types of ‘criminal offences’, noting that: ‘Notwithstanding the consideration that a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction, it is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly “criminal charges” of differing weight.’⁹⁸ In addition, it held that the autonomous notion of the criminal charge had ‘underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example administrative penalties’.⁹⁹ It concluded that: ‘Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency’.¹⁰⁰

In deciding that the failure to hold an oral hearing in this case did not violate Article 6(1) ECHR, the ECtHR was also swayed by the fact that while Article 6 ECHR applied to the tax-surcharge proceedings, it did not apply to the dispute over the tax itself. It noted though that it: was ‘not uncommon for procedures to combine the varying elements and it may not be possible to separate those parts of the proceedings which determine a “criminal charge” from those parts which do not’ and thus that it had to ‘consider the proceedings in issue to the extent to which they determined a “criminal charge” against the applicant, although that consideration will necessarily involve the “pure” tax assessment to a certain extent’.¹⁰¹ The ECtHR noted that the applicant’s reasons for requesting a hearing ‘concerned in large part the validity of the tax assessment, which as such fell outside the scope of Article 6, although there was the additional question of whether the applicant’s book-keeping had been so deficient as to justify a surcharge.’¹⁰² The ECtHR concluded that ‘the requirements of fairness were com-

96 *Jussila v Finland* [GC], no 73053/01, ECHR 2006-XIV, § 42, citing *Schuler-Zraggen v Switzerland*, 24 June 1993, § 58, Series A no. 263 and noting ‘that the systematic holding of hearings could be an obstacle to the particular diligence required in social security cases and ultimately prevent compliance with the reasonable-time requirement of Article 6(1) ECHR’.

97 *Jussila v Finland* [GC], no 73053/01, ECHR 2006-XIV, para 43.

98 *Ibid.*

99 *Ibid.* Referring to prison disciplinary proceedings (*Campbell and Fell v United Kingdom*, 28 June 1984, Series A no 80), customs law (*Salabiaku v France*, 7 October 1988, Series A no 141-A), competition law (*Société Stenuit v France*, 27 February 1992, Series A no 232-A), and penalties imposed by a court with jurisdiction in financial matters (*Guisset v France*, no 33933/96, ECHR 2000-IX).

100 *Jussila v Finland* [GC], no 73053/01, ECHR 2006-XIV, § 43.

101 *Ibid.*, § 45

102 *Ibid.*, § 46.

plied with and did not, in the particular circumstances of this case, necessitate an oral hearing'.¹⁰³

In his dissenting opinion, Judge Loucaides, joined by Judges Zupančič and Spielmann, stated that he was 'unable to join the majority in finding that the requirement of an oral hearing could be dispensed with in this case or any other criminal case'. He noted the 'great difference' between criminal and civil proceedings, referring to the 'the attribution of criminal responsibility with the consequent stigma – a stigma which exists in any event, regardless of the severity of the relevant criminal charge, even though it may be more or less serious depending on the degree of such severity'; the 'confrontation between on the one side the State, exercising its power to enforce the criminal law, and on the other side the individual(s)'; and 'the express terms of Article 6 regarding the minimum rights of persons charged with a criminal offence, under paragraph 3 (c), (d) and (e), clearly imply that the oral hearing is an unqualified and indispensable prerequisite for a fair criminal trial'.¹⁰⁴

Referring to the decision in *Jan-Åke Andersson*,¹⁰⁵ he noted that the right of the accused to be present in criminal proceedings and to be able to address the court was to be understood 'not only an additional guarantee that an endeavour will be made to establish the truth', but a fundamental means of ensuring that the accused was satisfied that the case has been determined by an independent and impartial and thus that justice was 'from the accused's point of view seen to be done.' He noted that the object and purpose of the right to a fair trial demanded that the person could take part in an oral hearing¹⁰⁶ and that the right to a fair and public hearing was a fundamental principle of democratic societies and designed to ensure that the public was 'informed and that the legal process is publicly observable'.¹⁰⁷

He noted that: 'The majority in this case accept that "... a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction ...", but they proceed to state that "there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma ..." and that "[t]ax surcharges [as in the present case] differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency ..." (see paragraph 43 of the judgment). I find it difficult, in the context of a fair trial, to distinguish, as the majority do in this case, between criminal offences belonging to the "hard core of criminal law" and others which fall outside that category. Where does one draw the line? In which category does one place

103 Ibid, § 48.

104 Ibid, § 48.

105 *Jan-Åke Andersson v Sweden* (report), no 11274/84, 15 March 1990, Series A no 212-B, §§ 48–49.

106 *Jussila v Finland* [GC], no 73053/01, ECHR 2006-XIV, § 48.

107 Ibid, § 49.

those offences which on their face value do not appear severe, but if committed by a recidivist may lead to serious sanctions? I believe that the guarantees for a fair trial envisaged by Article 6 of the Convention apply to all criminal offences. Their application does not and cannot depend on whether the relevant offence is considered as being in “the hard core of the criminal law” or whether “it carries any significant stigma”. For the persons concerned, whom this provision of the Convention seeks to protect, all cases have their importance. No person accused of any criminal offence should be deprived of the possibility of examining witnesses against him or of any other of the safeguards attached to an oral hearing. Moreover, to accept such distinctions would open the way to abuse and arbitrariness.

This led him to conclude that ‘judicial proceedings for the application of criminal law, in respect of any offence, by the omnipotent State against individuals require, more than any other judicial proceedings, strict compliance with the requirements of Article 6 of the Convention so as to protect the accused “against the administration of justice in secret with no public scrutiny” and thus that the failure to meet this requirement violated Article 6 ECHR.

The approach of the ECtHR here is undoubtedly problematic. It seems to make little sense to insist on the characterisation of proceedings as criminal in nature only to suggest that they are not properly criminal when considering the need for normative regulation. Even more problematic is the manner in which the issues are couched in terms of the overall fairness of the proceedings. This gives rise to clear potential for the exceptions developed in the context of regulatory offences to be extended beyond the confines of administrative proceedings to criminal offence expressly defined as such. This is well illustrated by the case of *Sancakli v Turkey*.

In *Sancakli*, the applicant was arrested and taken into the custody of the gendarmerie on suspicion of facilitating prostitution. He was indicted for failing to obey official orders by providing premises for prostitution in his hotels and sentenced by a judge at the magistrates’ court in the absence of an oral hearing to an administrative fine of 100 Turkish Lira.¹⁰⁸ The applicant objected to the imposition of the fine; this appeal was rejected by the Assize Court. The applicant complained that the failure to hold a hearing violated his right to a fair trial. The ECtHR noted that an ‘oral and public hearing’ was of fundamental importance in criminal cases and that it was necessary as a general rule that the court of first instance met the requirements of Article 6 in full in the sense that the applicant had the right ‘to have his case “heard”, with the opportunity, inter alia, to give evidence in his own defence, to hear the evidence against him, and to examine and cross-examine the witnesses’.¹⁰⁹ The ECtHR held that the proceedings concerned the imposition of ‘an administrative fine on the applicant, which, as

108 *Sancakli v Turkey*, no 1385/07, 15 May 2018, § 15.

109 *Ibid.*, § 43.

such, does not belong to the traditional categories of criminal law.’ It noted that while the ‘proceedings at issue started with an indictment by the public prosecutor in accordance with the former legislation – which prescribed a short-term prison sentence for the offence in question – the Büyükçekmece Magistrates’ Court took account of the recent legislation which entered into force only two days after the bill of indictment and sentenced the applicant to a fine of TRY 100 pursuant to section 32 of the Misdemeanours Act.’¹¹⁰

The designation of the offence and the proceedings as administrative is clearly questionable. This is emphasized too by Judge Lemmens in his dissenting opinion. He disagreed with the conclusion of the majority that the fine imposed on the applicant was ‘merely an “administrative” sanction’, noting that the proceedings brought against the applicant were of a “criminal” nature and that the fine imposed was a “criminal” one’. He noted that the charges were initially brought on the basis of the criminal procedure code and sent to a criminal court. A few days later, new legislation was introduced which allowed an administrative authority to impose an administrative sanction in such cases. Interim regulation following the coming into force of the new legislation allowed for the imposition of an ‘administrative’ rather than ‘criminal’ sanction. Judge Lemmens noted that despite the terminology, the fine was not ‘administrative’ in nature for the purposes of Article 6 ECHR noting that the ‘Convention distinguishes between, on the one hand, offences prosecuted before and punished by courts, and on the other, offences, often of a minor nature, which are prosecuted before and punished by administrative authorities’.¹¹¹

He noted that: ‘Had the fine imposed on the applicant been handed down by an administrative authority, it would have been a truly “administrative” sanction, and the Convention would then have required that the applicant could challenge that fine before a court.’¹¹² In the case at issue, the proceedings were entirely judicial in nature: the court examined the charges, found the applicant guilty and imposed a sanction. This led him to conclude not just that the ‘only thing that was “administrative” was the name given to the sanction by domestic law’ and that ‘the charge was “criminal” already under the first of the Engel criteria: the proceedings in question were classified as criminal under domestic law.’

The ECtHR went on to rely on *Jussila* to hold that the obligation to hold a hearing was ‘not absolute’. It expressly ‘drew a parallel’ with its approach in civil cases and held that the determination of whether it was possible to dispense with an oral hearing, was dependent on ‘the nature of the issues to be

110 Ibid, § 48.

111 Referring to the principles established in *Öztürk v Germany*, 21 February 1984, Series A no 73, § 56.

112 Citing *Özmutat İnaat Elektrik Nakliyat Temizlik San ve Tic Ltd ti v Turkey*, no 48657/06, 28 November 2017.

dealt with by the competent court – in particular, whether these raise any question of fact or law which could not be adequately resolved on the basis of the case file'.¹¹³ It noted that: An oral hearing may not be required where there are no issues of credibility or contested facts which necessitate an oral presentation of evidence or the cross-examination of witnesses and where the accused has been given an adequate opportunity to put forward his case in writing and to challenge the evidence against him. In this connection, it is legitimate for the national authorities to have regard to the demands of efficiency and economy'.¹¹⁴ It also held that in accepting that a hearing was not necessary in the circumstances of a particular case, the Court has previously taken into account the modest sum at stake or the minor character of the offence.¹¹⁵

The ECtHR noted that the applicant objected to the lack of the oral hearing but 'did not challenge the credibility of statements given by or to the gendarmerie or request evidence to be presented and heard by the court, but merely maintained that there had not been sufficient evidence to prove that he had been aware of the prostitution.'¹¹⁶ In addition, the ECtHR noted that 'the administrative fine imposed on the applicant was a modest one and did not carry a significant degree of stigma' (§ 49). It rejected the applicant's 'claim that the proceedings were of considerable personal significance to him in that they were concerned with a nefarious crime and had a negative impact on his reputation' noting that 'although the domestic court maintained in its reasoning that the applicant was found to have provided premises for prostitution in his hotel, the offence he was eventually found guilty of was failure to obey the orders of an official authority'. It noted too that administrative fines such as the one at issue were not registered in the criminal records.¹¹⁷

It was influenced too by the fact that the court had had the discretion to hold an oral hearing but that in view of the fact that the applicant had not challenged 'the credibility of statements given by or to the gendarmerie or request evidence to be presented to and heard by the domestic court, the case did not raise any factual issues'.¹¹⁸ The ECtHR thus concluded that the 'domestic court was able to adequately resolve the case on the basis of the case file and therefore did not need to hold an oral hearing' and thus that there had been no violation of Article 6(1) ECHR.¹¹⁹

113 *Sancakli v Turkey*, no 1385/07, 15 May 2018, § 45.

114 *Ibid*, references omitted.

115 *Ibid*, § 46 citing *Jussila v Finland* [GC], no 73053/01, ECHR 2006-XIV, § 48, and *Suhadolc v Slovenia* (dec), no 57655/08, 17 May 2011.

116 *Sancakli v Turkey*, no 1385/07, 15 May 2018, § 48.

117 *Ibid*, § 49.

118 *Ibid*, § 51 referring to *Hannu Lehtinen v Finland*, no 32993/02, 22 July 2008, § 48; and *Flisar v Slovenia*, no 3127/09, 29 September 2011, § 39.

119 *Sancakli v Turkey*, no 1385/07, 15 May 2018, § 52.

Judge Lemmens agreed that the obligation to hold a hearing ‘was not absolute’. In particular, an oral hearing would not be required ‘where there are no issues of credibility or contested facts which necessitate a hearing, and the courts may fairly and reasonably decide the case on the basis of the parties’. He disagreed, though, with the finding of the majority that the case did not concern the “hard core of criminal law”. He suggested that cases ‘not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law’ had led to ‘a gradual broadening of the criminal head’ of Article 6(1) and that they were more akin to administrative-law cases, where an administrative court reviews an administrative act.> This led him to conclude that an oral hearing was necessary. Judge Lemmens is probably correct in his characterisation of this case as falling under the first Engel scenario and as expressly criminal in nature. Nevertheless, as will be discussed below, the suggestion that different standards should apply in relation to cases on the basis of whether they are marked as criminal or not in national law is problematic.

bb. Appeal to a Court with Full Jurisdiction on Facts and Law

The ECtHR has consistently held that the body which makes the initial administrative decision need not comply with the requirements of Article 6(1) ECHR provided that this decision can be appealed to a tribunal which affords the accused the safeguards of the provision and which has full jurisdiction to examine the case.¹²⁰ In *A Menarini Diagnostics Srl*, the ECtHR seemed, however, to accept a standard of review which fell below the standard of a full review on facts and law. In this case, the applicant company had been investigated by the Italian competition authority, an independent administrative authority, for practices which violated competition law, including the participation in a price fixing cartel.¹²¹ The authority imposed a ‘dissuasive’ fine on the company of 6 million Euros. The applicant company appealed against this decision arguing that the decision should be annulled, and the penalty reduced. The right of appeal was limited, however, in that the administrative court could only review the relevance and the reasoning of the administrative act but did not have the power to substitute the decision of the authority with its own decision. The ECtHR held that while the offence was not criminal according to national law, the purpose of the rules was to protect the general interests of society normally protected by criminal law.¹²² It noted that the fine was essentially intended as punishment for the purpose of deterrence, was both preventive and punitive in nature and thus criminal for the purposes of Article 6(1) ECHR.¹²³

120 See *Öztürk v Germany*, 21 February 1984, Series A no 73, § 56; *Schmautzer v Austria*, 23 October 1995, Series A no 328-A, § 34; *Palaoro v Austria*, 23 October 1995, Series A no 329-B, § 41; and *Pfarrmeier v Austria*, 23 October 1995, Series A no 329-C, § 38.

121 *A Menarini Diagnostics Srl v Italy*, no 43509/08, 27 September 2011.

122 *Ibid.*, § 40.

123 *Ibid.*

The ECtHR then went on to consider compliance with substantive requirements of Article 6(1) ECHR. It noted that Article 6 did not preclude the imposition of a penalty by an administrative authority, providing that this decision was subject to subsequent review by a court with full jurisdiction.¹²⁴ This meant that the court had to have the power to reverse the decision of the lower instance in all respects and in particular to have jurisdiction to consider all questions of fact and law relevant to the dispute before it.¹²⁵ It noted in this regard that only a body enjoying full jurisdiction and independence from both the executive and the parties to the proceedings could be defined as a court for the purposes of Article 6(1) ECHR.¹²⁶

Nevertheless, the ECtHR went on to suggest that while criminal in nature, administrative or regulatory proceedings might be subject to different regulation from ‘typical’ criminal proceedings and still comply with Article 6 ECHR. The ECtHR put it like this: the nature of administrative proceedings may differ in several respects from the nature of criminal proceedings in the strict sense of the term. While these differences cannot relieve the Contracting States of their obligation to respect all the guarantees offered by the criminal law aspect of Article 6, they may nevertheless influence the manner in which they are applied.¹²⁷

The ECtHR rejected the argument that the competence of the administrative courts was limited to a mere review of legality and concluded that the decision of the competition authority had been subjected to a subsequent review by judicial bodies with full jurisdiction.¹²⁸ This conclusion seems disputable. In his dissenting opinion Judge Pinto de Albuquerque noted, after reviewing the case law of the Italian courts, that the administrative courts did not exercise ‘full jurisdiction’ in reviewing the imposition of the sanction, noting that the administrative courts could not ‘exercise powers of substitution to the point of applying their own technical assessment of the facts in place of that of the administrative authority’ and thus that the crucial issue of the attribution of liability could not be reviewed by the administrative courts. Instead, the review was essentially of a purely formal nature. He noted that ‘the “full” nature of jurisdiction necessarily implies its exhaustiveness. In purely logical terms, propositions which have

124 Ibid, § 59.

125 Ibid.

126 Ibid, § 61: citing inter alia *Ringeisen v Austria*, 16 July 1971, Series A no 13, § 95; *Belilos v Switzerland*, 29 April 1988, Series A no 132, § 64 and *Beaumont v France*, 24 November 1994, Series A no 296-B, §§ 38–39.

127 See *A Menarini Diagnostics Srl v Italy*, no 43509/08, 27 September 2011, § 62: ‘Par ailleurs, la Cour rappelle que la nature d’une procédure administrative peut différer, sous plusieurs aspects, de la nature d’une procédure pénale au sens strict du terme. Si ces différences ne sauraient exonérer les Etats contractants de leur obligation de respecter toutes les garanties offertes par le volet pénal de l’article 6, elles peuvent néanmoins influencer les modalités de leur application (*Valico Srl.c Italie (déc)*, no 70074/01, CEDH 2006-II).

128 Ibid, § 67.

incompatible characteristics are contradictory. To give an example: the courts conduct a full review of the administrative decision but may not substitute their own technical findings for those of the administrative decision. According to elementary logic, only one of these propositions is true, while the other is false. In the instant case, it is the second part of the sentence cited as an example that is false.>

To the extent that the judgment can be read as interfering with the requirement of access to a court in criminal cases with full jurisdiction, there can be little doubt that it gives rise to real concerns regards the separation of powers and the lawfulness of the penalties. In the words of Judge Pinto de Albuquerque: ‘The acceptance of a “pseudo criminal law” or a “two-speed criminal law” in which the administrative authorities have punitive powers over those whom they administer, sometimes imposing extremely harsh pecuniary sanctions, without the classic safeguards of criminal law and procedure being applicable, would have two inevitable consequences: the usurping by the administrative authorities of the punitive powers which are the courts’ prerogative, and the capitulation of individual freedoms before an all-powerful public administration. While considerations pertaining to the efficiency and technical complexity of the modern administrative apparatus may justify the granting of punitive powers to the administrative authorities, they cannot justify giving the last word to those authorities in the exercise of those punitive powers. The moves towards decriminalisation, although welcome, must not result in a blank cheque being handed to the administrative authorities. When the procedure for imposing an administrative sanction has concluded, there needs to be a court to which members of the public can turn, without any restriction, in order to seek justice.’¹²⁹

In view of the conclusion of the majority that the review in the case at issue constituted a full review, the case should not be understood as interfering with the fundamental idea that administrative decisions which concern criminal law must be subject to a full review on facts and law by an independent and impartial court. There can be little doubt, though, that it seems to engage with a vision of criminal law as comprising different classes of crimes.

cc. Waiver of the Right to Judicial Review of Sentence Imposed by an Administrative Authority

In a number of cases, the ECtHR has had to consider whether an accused is entitled to waive the right to a judicial review of the imposition of a sanction by an administrative authority. In *Deweert*, for instance, it noted that the ‘right to a court’ was ‘no more absolute in criminal than in civil matters’¹³⁰ and that such

129 Ibid, dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque attached to the verdict.

130 *Deweert v Belgium*, 27 Feb 1980, Series A no 35, § 49.

proceedings may serve to meet the interests of the individual and of society more broadly.¹³¹ This led it to conclude an accused was entitled in principle to accept the imposition of an administrative fine and this could constitute a waiver of the right to ordinary criminal proceedings.¹³² The ECtHR was also alert to the dangers in this regard, noting that, ‘in a democratic society too great an importance attaches to the “right to a court” for its benefit to be forfeited solely by reason of the fact that an individual is a party to a settlement reached in the course of a procedure ancillary to court proceedings. In an area concerning the public order (*ordre public*) of the member States of the Council of Europe, any measure or decision alleged to be in breach of Article 6 calls for particularly careful review’.¹³³

It held that the Contracting States had to demonstrate vigilance when assessing, *inter alia*, whether the decision to accept the fine, and thus to waive the judicial review, been made freely: ‘Absence of constraint is at all events one of the conditions to be satisfied; this much is dictated by an international instrument founded on freedom and the rule of law’.¹³⁴ In the case at issue, failure to accept a settlement – a minor fine (250 euros) – would have led to the applicant’s butcher shop being closed down. Under these circumstances, the ECtHR held that the waiver was tainted by constraint, noting that there was ‘“flagrant disproportion” between the two alternatives facing the applicant’.¹³⁵ Cases such as *Deweert* emphasise that the individual may have good reasons for accepting a plea bargain and that a waiver of an oral hearing can be understood as falling within the scope of the rights of the defence. At the same time, it clearly highlights too the crucial importance of the notion of ‘access to court’ in the rule of law and to the idea that criminal liability ought to be attributed and punishment imposed in oral hearings conducted by an independent and impartial judge.

c. *Proceedings Classed as Criminal in National Law*

aa. Road Traffic Offences

In a number of cases involving road traffic offences, the ECtHR seems to have accepted lower standards of fairness, despite the fact that the offences were classed as criminal in national law. In *Marčan v Croatia*, for instance, the applicant, who was a lawyer, was stopped by the police for allegedly dangerously overtaking another car and it established that he had inappropriate tyres on his car. He received a penalty notice (1500 HRK) for those two offences. The

131 See too the Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Simplification of Criminal Justice R (87), adopted on 17 September 1987.

132 *Deweert v Belgium*, 27 Feb 1980, Series A no 35, § 49.

133 *Ibid.*, references omitted.

134 *Ibid.*

135 *Ibid.*

applicant was questioned by a judge in court. The court later found him guilty, cautioned and fined him 500 HRK and 100 HRK costs. The applicant challenged the decision arguing that he had not had the opportunity to cross examine the police officer.

In its judgment, the ECtHR noted that ‘minor road traffic offences for which the applicant was convicted, as such, do not belong to the traditional categories of criminal law to which the criminal-head guarantees of Article 6 apply with their full stringency’.¹³⁶ It noted that: ‘Nevertheless, there might be instances even in the cases concerning minor offences, such as the threat of imprisonment if a fine is not paid, which could legitimately call for stronger guarantees to apply to the proceedings at issue.’ But noted that in the present case there was no threat of imprisonment.¹³⁷ The case was disposed of via a summary procedure available to deal with objections against mandatory penalty notices issued by the police, with full jurisdiction to entertain questions of facts and law. Although there is no right to an adversarial trial, the trial judge has discretion to question the accused or witnesses.¹³⁸ The applicant had the opportunity to be present and argue his points in court.

The Court noted that ‘the applicant was able to deny that he had committed the offences and to submit all factual and legal arguments which he considered helpful to his case, firstly in his written objection to the penalty notice by which he sought the judicial review and then during his questioning at the hearing before the Rijeka Minor Offences Court’. It concluded that it was ‘unable to conclude that the minor-offence proceedings before the domestic courts fell short of the requirements of a fair trial guaranteed under Article 6 of the Convention’.¹³⁹

Similarly, in *O’Halloran and Francis*, the ECtHR, the applicants complained about fines (£100; £750) imposed on the owner of the car for failing to state who had been driving the car at the time that it was caught speeding on a traffic camera.¹⁴⁰ The applicants were convicted in the magistrates’ courts and complained about the violation of their right to remain silent. In holding that Article 6(1) ECHR had not been violated, the ECtHR noted that while the offences were criminal in nature, compulsion ‘flowed from the fact ... that [a]ll who own or drive motor cars know that by doing so they subject themselves to a regulatory regime’ and were thus to ‘be taken to have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime relating to motor vehicles, and in the legal framework of the United Kingdom these responsibilities include the obligation, in the event of suspected commission of road-traffic of-

136 *Marčan v Croatia*, no 40820/12, 10 July 2014, § 37.

137 *Ibid.*, § 38.

138 *Ibid.*, § 39.

139 *Ibid.*, § 47.

140 *O’Halloran and Francis v United Kingdom* [GC], nos 15809/02 and 25624/02, ECHR 2007-VIII.

fences, to inform the authorities of the identity of the driver on that occasion'.¹⁴¹ In addition, the ECtHR expressly noted 'the limited nature of the inquiry which the police were authorised to undertake', the fact that it did not sanction prolonged questioning about facts alleged to give rise to criminal offences, and that the penalty for declining to answer was 'moderate and non-custodial'.¹⁴²

bb. Plea-Bargaining Proceedings

The ECtHR has held that the accused is entitled to choose to forego a participatory trial altogether: 'the right to a court is no more absolute in criminal than in civil matters'.¹⁴³ As we have seen, the ECtHR has accepted in the context of the imposition of fines by administrative authorities, that reaching a settlement and thus dispensing of the need for a public criminal trial might well be in the interests both of the accused and of society more generally. In such cases, fines can be imposed by administrative (as opposed to judicial) authorities, providing that the decision of the administrative authority is subject to the control of a court, which has 'full jurisdiction' in the sense of being able to adjudicate on all aspects of fact and law'.¹⁴⁴ The legitimacy of this process lies in the idea that the individual has chosen to accept the settlement decision and thus the focus is very much on the voluntariness of this decision.¹⁴⁵ It is also connected, though, to the nature of administrative proceedings, in which the authorities have lesser coercive powers than those of the police and prosecuting authorities and which only allow for the imposition of financial penalties.

The question is whether this case law on the extent of judicial supervision in administrative or regulatory settlement proceedings can be transferred analogously to cover plea-bargaining agreements in criminal proceedings. The ECtHR has insisted in the context of plea bargaining in 'normal' criminal proceedings on a stricter level of judicial supervision and has indicated that the possibility of subsequent recourse to judicial review will not suffice.

In *Natsvlishvili and Togonidze* the ECtHR conducted a rudimentary comparative study of the plea-bargaining arrangements of the contracting states¹⁴⁶ and concluded: 'Plea agreements leading to a criminal conviction are, without exception, reviewed by a competent court. In this sense, courts have an obligation to verify whether the plea agreement has been reached in accordance with the applicable procedural and substantive rules, whether the defendant entered into it voluntarily and knowingly, whether there is evidence supporting the guilty plea entered by the defendant and whether the terms of the agreement

141 Ibid, § 56.

142 Ibid, § 58.

143 *Deweere v Belgium*, 27 February 1980, Series A no 35, § 49.

144 *A Menarini Diagnostics Srl v Italy*, no 43509/08, 27 September 2011.

145 See *Deweere v Belgium*, 27 February 1980, Series A no 35.

146 The comparative study displays clear flaws – the Swiss system, for instance, is practically unrecognizable from the description in these paragraphs.

are appropriate'.¹⁴⁷ And that: 'In most countries surveyed, plea agreements are entered into by the prosecution and the defendant, and subsequently reviewed by a court. In this scenario, the courts in principle have the power to approve or reject the plea agreement but not to modify its terms. In Bulgaria courts are allowed to propose amendments to plea agreements they are requested to consider. However, such amendments need to be accepted by the defendant, the defence counsel and the prosecutor. In Germany, Romania and to some extent in the United Kingdom, the terms of the agreement are defined by the competent court (as opposed to being based on a prior agreement between the prosecution and the defence)'.¹⁴⁸

The ECtHR held that 'there was not anything improper in the process of charge or sentence bargaining in itself'.¹⁴⁹ Nor was there anything inherently problematic about waiving procedural rights 'of his or her own free will' by accepting an 'abridged form of judicial examination'.¹⁵⁰ Such a waiver had to be accompanied by minimum safeguards commensurate with its importance¹⁵¹ and in the context of plea-bargaining proceedings this meant that any decision to accept a bargain had to be accompanied by two conditions: (a) the bargain had to be accepted by the first applicant in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner; and (b) the content of the bargain and the fairness of the manner in which it had been reached between the parties had to be subjected to sufficient judicial review.¹⁵²

This case highlights the important difference between the regulation of proceedings, depending on the powers of the state. In particular, in cases in which the accused can be subject to coercive measures during the investigation, including the possibility of being detained on remand, and in which the court has the option of imposing non-custodial sanctions, the contracting states must be considered to be under an obligation to ensure that the plea bargain is automatically reviewed by a court.

3. *The Concept of 'Fair Trials' in Article 6(1) ECHR*

The case law on Article 6 ECHR might be seen as falling into two broad categories: first those cases in which something went wrong in the sense that the proceedings did not meet the standards expected; and second those cases in

147 *Natsvlishvili and Togonidze*, no 9043/05, ECHR 2014, § 66.

148 *Ibid*, § 69.

149 *Ibid*, § 90 referring to *Babar Ahmad and Others v United Kingdom* (dec), nos 24027/07, 11949/08 and 36742/08, 6 July 2010.

150 *Natsvlishvili and Togonidze*, no 9043/05, ECHR 2014, § 91, referring to *Scoppola v Italy (No 2)* [GC], no 10249/03, 17 September 2009, § 135.

151 See eg *Poitrimol v France*, 23 November 1993, Series A no 277-A, § 31; and *Hermi v Italy* [GC], no 18114/02, ECHR 2006-XII, § 73.

152 *Natsvlishvili and Togonidze*, no 9043/05, ECHR 2014, § 92.

which, from a national perspective, nothing went wrong.¹⁵³ In this second group of cases, the problems stem from the fact that the standards were not met as a result of the classification of the proceedings in national law as administrative or regulatory in nature. These cases demonstrate the complexity involved in regulating different types of proceedings. They also focus attention on the importance of thinking about *why* criminal proceedings call for a distinct type of regulation and thus on the definition of the criminal offence. What is the point of classifying offences as criminal in nature? The reason is presumably to set these offences within some sort of normative framework, to make clear what kind of normative issues they raise in order to allow consideration of the kinds of justification or criticism that is appropriate.

In considering the definition of the criminal offence in Article 6(1) ECHR, some issues are worth stressing. First, states have considerable autonomy, from a procedural perspective, in respect of the designation of an offence as criminal.¹⁵⁴ Second, many types of conduct are considered inherently (morally) wrongful and are classed as criminal in all of the contracting states. Similarly, it is probably correct to say that there is a high degree of similarity between the contracting states in respect of the many types of regulatory offences or *mala prohibita* which are considered criminal. The definition of criminal offence in the case law of the ECtHR seems to be framed in terms of culpability and punitiveness, but it is notable that these are not definitional requirements in the context of offences marked as criminal by the state. Traffic violations of the sort in *Öztürk*, for instance, might commonly be understood as criminal in nature, even if they result in the imposition of a fixed penalty which does not take the culpability of the individual into account in establishing the appropriate sentence. The definition of criminal offence might be understood as connected to some sort of intuitive response to certain types of conduct commonly regarded as criminal. This seems to be the tenor of references to consideration of the ‘ordinary meaning’ of the offence in determining whether it is to be understood as criminal and to consideration of whether the offences are considered in most contracting states to constitute criminal law. In any event, ‘difficulties only arise in those areas which lie on the edges of the criminal law’.¹⁵⁵ It is thus important to stress that the complexity in regulating administrative criminal offences does not track the distinction between *mala prohibita* and *mala in se*. In this sense, references in the case law of the ECtHR to some type of differentiation between the ‘hard core’ of the criminal law and other ‘peripheral’ regulatory offences seem to miss the point.

153 See further, TRECHSEL (Fn. 18), 14.

154 There are of course substantive normative limits on what can be criminalised, including those set out in the case law on Articles 2, 3, 8, 10, 11, and Article 1 of Protocol No 1 ECHR.

155 TRECHSEL (Fn. 18), 15.

Third, the idea of some sort of differentiation in the normative standards to be applied in proceedings involving criminal offences labelled as criminal in national law and those not classed as such, on the basis that the latter fall outside the ‘traditional scope of the criminal law’ is difficult to reconcile with the need for an autonomous definition of the criminal offence in the first place. The insistence on the development of an autonomous definition of criminal offence clearly reflects an understanding of the importance of the creation of a distinct normative framework for all offences determined to be criminal in nature. In view of this, it makes little sense to argue that offences must be considered as criminal in order to ensure that the states cannot circumvent the application of normative standards to be applied to ‘criminal offences’, only then to argue that these standards need not be applied because these offences are not really to be properly understood as criminal after all.

In this regard, it is important to consider why the ECtHR has chosen to develop an autonomous notion of the criminal charge. The idea is plainly that in the determination of the criminal charge, the nature of the interference by the state in the rights of individuals is particularly profound. It might be argued that this is connected to the fact that underpinning the need for distinct regulation is the notion of criminal conduct as in some sense particularly problematic or wrongful. It is questionable ‘though’ whether the criminal law can be distinguished as a matter of definition on the basis of the wrongfulness of the conduct, as distinct from prescriptive claims that criminal offences should be wrongful.¹⁵⁶

The nature of the state’s coercive power in the criminal justice context explains the importance of ensuring that the contracting states are not able to escape their normative obligations in these types of cases by altering the definition of the criminal offence. This explains why the case law of the ECtHR is concerned solely with the argument that the definition of the criminal offence is too narrow or under-inclusive. This differs materially from much theorising about the definition of the criminal offence in punishment theory, which is often more concerned with the issue of over-inclusiveness; about the difficulties of distinguishing criminal sanctions from non-criminal sanctions imposed by the state, such as quarantine. The issue of over-inclusiveness does not arise in the human rights case law on Article 6 ECHR precisely because the marking of offences as criminal means that the proceedings automatically attract the normative guarantees of Article 6 ECHR.

156 See eg MALCOLM THORBURN, *Criminal Law as Public Law*, in: Duff RA/Green Stuart (eds), *Philosophical Foundations of the Criminal Law*, Oxford 2011, 29: ‘criminal wrongdoing does not track moral wrongdoing even remotely’. Equally, though, it might be questioned whether these matters can sensibly be kept apart, see eg DUFF, *Theorizing criminal law* (Fn. 11), 354: ‘One reason for doubting whether the ‘is’ and the ‘ought’ can be sharply distinguished is that in analysing the law, we are analysing a normative institution’.

The conceptualisation of fair trials in the case law of the ECtHR speaks against an understanding of criminal proceedings as designed to regulate in the first instance hard core criminal laws and only by extension other regulatory crimes. Instead, fairness is designed to operate as a normative constraint on proceedings which are either designated expressly as criminal or which must be treated on the ECtHR's definition as if they were criminal, as de facto criminal proceedings. The relevant factor here is not (principally) the stigma associated with a criminal conviction or any sort of inherent wrongfulness of the conduct, but rather the role and power of the state in the context of prosecution, the determination of culpability and the attribution of criminal liability. The prosecution and conviction of individuals in the rule of law will only be justified if those subject to criminal charges are treated in a particular way and are afforded the procedural protections designed to guarantee these values. The normative constraints on the criminal process from fairness are designed to ensure that individuals are taken seriously as autonomous individuals before the law and demand that the accused is made aware of the charges and is afforded the opportunity to respond to these in adversarial proceedings supervised by a judge.

The case law of the ECtHR suggests that the manner in which these normative principles are to be applied will depend directly on the nature of powers of the state authorities in the prosecuting criminal offences. Here different types of proceedings and competencies can be distinguished. In the context of minor offences, such as minor traffic offences, the proceedings – irrespective of whether the offences are designated as administrative or criminal in national law – will often follow a separate regulatory structure which restricts the coercive powers of the state authorities, involves standardised sanctions and limits the sanction which can be imposed to fines. The restricted competence of the state here allows for consideration of the nature of the application of the right to be heard. This explains why the ECtHR has considered it acceptable to allow the accused to accept a decision issued by a non-judicial authority and waive the right to be heard in adversarial proceedings. This implies 'of course' that the accused is entitled to reject this decision and opt instead for ordinary criminal proceedings. The essence of the autonomous definition of criminal offence is that these offences – irrespective of their designation in national law – should be subject to the same normative regulation. In this sense, judgments such as *Jussila* are simply impossible to reconcile with the normative approach inherent in Article 6 ECHR.

Not all criminal offences labelled as administrative in national law will be by definition minor in nature, as is clearly illustrated by *A Menarini Diagnostics Srl*. Nevertheless, in such cases again the administrative authorities do not have the same coercive powers as the prosecution authorities and are restricted to the imposition of financial penalties. This explains why it is appropriate to allow an accused person to determine whether to accept the fine or to proceed to a trial. Here the accused's right to waive trial proceedings and avoid the asso-

ciated financial and non-pecuniary costs associated with such proceedings is deemed to outweigh the importance of insisting on a public trial. In short, in these cases it is acceptable for the initial decision to be taken by an administrative authority, providing that the accused can insist on the institution of adversarial proceedings if he or she does not accept the decision of the authority.

This type of regulation is appropriate in the context of minor criminal offences, in which the coercive powers of the criminal justice system are considerably less substantial than in ordinary criminal proceedings and in relation to offences dealt with in the context of administrative proceedings. Plea-bargaining or criminal settlement proceedings are quite different and call for separate regulation in order to ensure that the normative demands of fairness are satisfied. The ECtHR's vision of the individual as an autonomous agent before the law suggests that the accused should be permitted to accept a settlement and waive the right to be heard in adversarial proceedings. The extent of the coercive power of the state authorities in these types of proceedings and the potential for the imposition of custodial sanctions means, though, that the initial decision on the bargain or settlement must be sanctioned by a judge and cannot be taken by an executive or administrative agency. The necessity of judicial supervision here is bolstered by the requirements of liberty and legality. According to 5(1)(a) ECHR, detention will only be lawful if imposed following conviction by a competent court. There is no space in the rule of law for any sort of waiver of the right to be lawfully detained. In addition, according to Article 7(1) ECHR, and the distinct understanding of the rule of law on which it is based,¹⁵⁷ criminal liability can only be attributed, and punishment only imposed, by the courts. The systematic determination of criminal charges by the prosecution without automatic judicial control or recourse to the safeguards associated with criminal proceedings is incompatible with the understanding of lawful punishment as defined by Article 7(1) ECHR and with the rule of law.¹⁵⁸

IV. Relevance of the Conceptualisation of 'Fair Trials' for Theory and Practice

What relevance does the conceptualisation of fair trials in the human rights case law hold for theorising about criminal proceedings? The purpose of theories on criminal proceedings might be understood in terms of the importance of explaining or justifying the system. Here though considerable differences exist as regards the question of the extent to which theories of crime, punishment and process must engage with the realities of the criminal justice system. Some see the purpose of a normative theories not in terms of providing an account of an

157 *Del Río Prada v Spain* [GC], no 42750/09, ECHR 2013, § 77.

158 See further SARAH J SUMMERS, *Sentencing and Human Rights: The Limits on Punishment*, Oxford 2022, ch 5.

existing system but rather as orientated towards the development of standards against which systems are to be measured. These normative principles can be developed independently of a detailed examination of any particular system. Others argue that only by engaging with the realities of the criminal process will it be possible to develop theories which can explain and justify that system.¹⁵⁹

The approach of the ECtHR might be said to occupy something of a third way in this regard. Its conceptualisation of fair trials demonstrates both the promise and the vulnerabilities of its approach. The fact that it is forced to engage deeply with current criminal practices allows it to continually develop and reinforce commitment to the values underpinning its normative principles. In applying its fairness principles to different regulatory and procedural situations, particularly outwith the paradigmatic trial context, the ECtHR is able to develop an approach to criminal justice which takes account of the complexity of the nature of procedural forms and regulation in the modern administrative state. At the same time, though, there are clear indications in the case law of the risks of engaging with the practice of criminal justice. Of particular importance in this regard is the danger that the normative principles are sacrificed or compromised in service of the effective functioning of a particular procedural or regulatory form. The nature of the development in the case law of the ECtHR's 'fairness as a whole' doctrine is clear evidence of precisely this sort of problem in that it seems to indicate a willingness to depart from normative principles for essentially irrelevant, instrumental reasons. Similarly, cases such as *Jusilla* suggest that in certain situations, the ECtHR may demonstrate too much willingness to engage with the realities of criminal justice rather than insisting on the proper application of its normative standards.

This underscores the central importance of clearly articulating the normative principles and the values on which they are based. This focuses attention on the relationship between definition and justification and emphasises the difficulties of insisting here on a strict distinction. It seems likely that it is only possible to understand criminal proceedings by understanding – morally and politically – what they are about. To consider proceedings is necessarily to consider the questions of justice, rationality and legitimacy that they raise.¹⁶⁰ At the same time though, by focusing on the realities of the phenomena of criminal justice is it possible not just to develop appropriate accounts of what requires to be justified but also importantly to establish appropriate limits of relevance in practice. This can be illustrated with regard to the issue of plea-bargaining.

In the *Realm of the Criminal Law*, Antony Duff engages in the context of his development of a normative theory of trials as a process of calling to account,

159 For discussion, DUFF, *Theorizing Criminal Law* (Fn. 11), 366; LACEY, *Approaching or Rethinking* (Fn. 7), 310.

160 See further DUFF, *Theorizing Criminal Law* (Fn. 11), 355.

with the ‘pervasive practice of plea bargaining’ and with the argument that it might be said to have become ‘so central, and pragmatically essential, to the criminal process that we can no longer see the trial as concerned either with truth or with any genuine process of calling to account’.¹⁶¹ He anticipates the likely criticism of ‘realists’ of his decision to focus nevertheless on criminal trials noting that: ‘From this point of view, the kind of theorizing in which I am engaged here is an exercise in philosophical fantasy: it amounts to the construction of castles in the air that might have their own charm, and that might be connected to features of the rhetorical superstructure of our criminal process, but that have no substantive connection either to what is actual or to what is practically feasible; such theorizing is thus useful neither as an exercise in reconstructive analysis, nor as normative theory that could speak to actual practice.’¹⁶² Nevertheless, he defends his approach as a rational exercise, noting that we should not accept this simply as the ‘new reality’ of criminal law: ‘This is not to say that we should (ideally) ban plea bargaining or guilty pleas – although it might suggest that we should ban any process that is properly described as ‘bargaining’; but it is to say that we must ask carefully just how guilty pleas, and inducements to make them, could properly figure in a process through which alleged wrongdoers are to be called to account’.¹⁶³

We can contrast this approach with the normative regulation proposed by the ECtHR. In *Natsvlshvili and Togonidze*, the ECtHR noted that it was a ‘common feature of European criminal-justice systems for an accused to obtain the lessening of charges or receive a reduction of his or her sentence in exchange for a guilty or nolo contendere plea in advance of trial or for providing substantial cooperation with the investigative authority’.¹⁶⁴ It also confirmed its earlier position that there was nothing ‘improper in the process of charge or sentence bargaining in itself’¹⁶⁵ and noted that such proceedings brought with them certain advantages: ‘plea bargaining, apart from offering the important benefits of speedy adjudication of criminal cases and alleviating the workload of courts, prosecutors and lawyers, can also, if applied correctly, be a successful tool in combating corruption and organised crime and can contribute to the reduction of the number of sentences imposed and, as a result, the number of prisoners.’¹⁶⁶

161 DUFF, *Realm of the Criminal Law* (Fn. 13), 35.

162 DUFF, *Realm of the Criminal Law* (Fn. 13), 35.

163 DUFF, *Realm of the Criminal Law* (Fn. 13), 36.

164 See the comparative legal study in *Natsvlshvili and Togonidze v Georgia*, no 9043/05, 29 April 2014, §§ 62–75; see also *Slavcho Kostov v Bulgaria*, no 28674/03, 27 November 2008, § 17 and *Ruciński v Poland*, no 33198/04, 20 February 2007, § 12; *Navalnyy and Ofitserov v Russia*, nos 46632/13 and 28671/14, 23 February 2016; *Scoppola v Italy (No 2)* [GC], no 10249/03, 17 September 2009, § 135.

165 *Natsvlshvili and Togonidze v Georgia*, no 9043/05, 29 April 2014, § 90; *Babar Ahmad and Others v United Kingdom* (dec), nos 24027/07, 11949/08 and 36742/08, 6 July 2010.

166 *Natsvlshvili and Togonidze v Georgia*, no 9043/05, 29 April 2014, § 90.

Acceptance of a plea-bargain was characterised as amounting to a waiver of a number of procedural rights. Although the voluntary waiver of rights is permitted,¹⁶⁷ the ECtHR held that it was necessary to ensure that the waiver was ‘established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate with its importance. In addition, it must not run counter to any important public interest’.¹⁶⁸ It held that any decision to agree to a plea agreement had to be ‘accompanied by the following conditions: (a) the bargain had to be accepted by the first applicant in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner; and (b) the content of the bargain and the fairness of the manner in which it had been reached between the parties had to be subjected to sufficient judicial review’.¹⁶⁹

The question here though is what constitutes sufficient judicial review? In its survey of plea-bargaining proceedings in Europe it noted that: ‘Plea agreements leading to a criminal conviction are, without exception, reviewed by a competent court. In this sense, courts have an obligation to verify whether the plea agreement has been reached in accordance with the applicable procedural and substantive rules, whether the defendant entered into it voluntarily and knowingly, whether there is evidence supporting the guilty plea entered by the defendant and whether the terms of the agreement are appropriate’.¹⁷⁰ Does this require automatic judicial supervision or is it sufficient that the accused can appeal against the decision to a court with full jurisdiction? The importance of automatic judicial supervision of the plea-bargain is necessitated both by the extent of the powers of the police and prosecution authorities in these cases and the punishment which can be imposed. In *Natsvlshvili and Togonidze*, for instance, the first applicant was accused of embezzlement, detained on remand for many months during the initial criminal investigation before being convicted and fined.¹⁷¹

What limits does this impose in practice and what does this reading of the normative limits on plea bargaining tell us about normative theorising in the field of the criminal process more generally? We can look at this issue by briefly considering the compatibility of the Swiss law on plea-bargaining with the normative standards of Article 6 ECHR.

Plea bargaining proceedings are regulated in the criminal procedure code and preceded by the usual criminal investigation. They are of huge significance

167 *Ibid*, § 91 citing *Scoppola v Italy (No 2)* [GC], no 10249/03, 17 September 2009, § 135.

168 *Natsvlshvili and Togonidze v Georgia*, no 9043/05, 29 April 2014, § 91 citing *Scoppola v Italy (no 2)* [GC], no 10249/03, 17 September 2009, §§ 135-36; *Poitrimol v France*, 23 November 1993, Series A no 277-A, § 31; and *Hermi v Italy* [GC], no 18114/02, ECHR 2006-XII, § 73.

169 *Natsvlshvili and Togonidze v Georgia*, no 9043/05, 29 April 2014, § 92.

170 *Ibid*, § 66.

171 REBECCA K HELM, *Constrained Waiver of Trial Rights? Incentives to Plead Guilty and the Right to a Fair Trial*, *Journal of Law and Society*, 46, 2019, 423; LORENA BACHMAIER, *The European Court of Human Rights on negotiated justice and coercion*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 26, 2018, 236.

in practice.¹⁷² The prosecutor is permitted to authorise a plea-bargain in cases in which a sentence of up to six months' imprisonment, a financial penalty of up to 180 daily units or a fine is appropriate.¹⁷³ The accused person has ten days to decide whether to accept the plea-bargain or to lodge an objection. The filing of an objection results in the instigation of ordinary criminal proceedings. The deadline for lodging an objection is strictly policed, and commentators have drawn attention to a number of problematic issues in this regard, in particular doubts about whether the intellectual and linguistic abilities of accused persons are sufficient to allow them to take appropriate action in a timely manner. Studies have shown that objections are lodged only in a small number of cases.¹⁷⁴ The consequence of this set up is that punishment is imposed in the vast majority of cases in Switzerland by a prosecutor, who certainly cannot be regarded as a judge or tribunal for the purposes of Article 6(1) ECHR.¹⁷⁵

This regulatory structure seems difficult to reconcile with the normative requirements of fair proceedings in Article 6(1) ECHR. Questions arise, in particular, as to whether the waiver of the right to a trial can be said in these cases to be established in an 'unequivocal manner'. In addition, in the majority of these cases there is no review of the plea-bargain, of the unequivocalness of the waiver, or of the appropriateness of the bargain by a court. These proceedings are thus incompatible with the basic understanding of the determination of the charge and the imposition of punishment as a judicial function in the rule of law. At the same time, this overview suggests that it might well be possible to develop a regulatory framework for plea bargaining proceedings which is able to meet the normative demands of Article 6(1) ECHR.

172 According to the 2020 yearly review of the prosecutor's office of the canton of Zurich, 89.4% of all cases which were not discontinued were determined in plea bargaining proceedings, available at <<https://www.zh.ch/de/direktion-der-justiz-und-des-innern/staatsanwaltschaft.html>> (last visited 25.3.22).

173 Art 352. For discussion, see CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Art 352, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2020; GWŁADYS GILLIÉRON/MARTIN KILLIAS, Strafbefehl und Justizirrtum: Franz Riklin hatte Recht, in: Niggli Marcel A/Hurtado-Poso José/Queloz Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 379–398; THOMAS HANSJAKOB, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, *forum* 2014, 160–164; ARIANE NOSETTI-KAUFMANN, Strafbefehl, abgekürztes Verfahren und fehlende Unmittelbarkeit: Festhalten am Status quo – eine verpasste Chance?, ZStrR 138, 2020, 248–267; MARTIN SCHUBART, Zurück zum Grossinquisitor?, Zur rechtsstaatlichen Problematik des Strafbefehls, in: Niggli Marcel A/Hurtado Pozo José/Queloz Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007, 527–537; THOMMEN (Fn. 12); BOMMER (Fn. 12)

174 MARC THOMMEN/DAVID ESCHLE, Was tun wir Juristinnen und Juristen eigentlich, wenn wir forschen?, *Klassische Dogmatik versus empirische Rechtsforschung als innovativer Weg*, in: Meier Julia/Zurkinden Nadine/Staffler Lukas (Hrsg.), *recht.innovativ*, 21. Apariuz-Band, Zürich 2020, 8 ff.

175 See also in the context of Art 5(4) ECHR, TRECHSEL (Fn. 18), 479: 'It is obvious, for example, that a prosecutor cannot be regarded as a court', referring to a series of Turkish cases and *Varbanov v Bulgaria*, no 31365/96, ECHR 2000-X, § 60.

The point of defining the criminal offence from a human rights perspective is closely linked to an understanding of the criminal proceedings as a process in which the state has considerable power to interfere with the rights of the individual.¹⁷⁶ In this sense, the ECtHR's autonomous definition of the 'criminal offence' is particularly important because it emphasises that the concern is with limits rather than aims. In doing so it underscores the importance of a conceptualisation of fair trials, which engages with the empirical phenomena of the practice of criminal law.

This is certainly not to argue that only empirical accounts can provide the basis for normative theorising about constraints on actual practice, but simply to note that a robust normative theory of the criminal process can benefit from engaging with the empirical realities of criminal proceeding. In this regard it is essential, though, to clearly outline the normative commitments and the values on which they are based in order to avoid the danger of simply accepting new realities of the criminal process and shifting the normative goalposts to accommodate these practices.

C. Justified Punishment

I. Introduction

'Punishment is probably the most awful thing that modern democratic states systematically do to their own citizens'¹⁷⁷ and in view of this clearly calls for justification. In this regard, it should come as little surprise that the focus has been on the purpose(s) of punishment. The literature has been described as being dominated by 'a war of attrition' between the two major schools of thought.¹⁷⁸ While consequentialists see the justification of punishment in the likely consequences of the punishment, such as deterrence or incapacitation,¹⁷⁹ retributivists see punishment as a fitting response to the commission of a wrong regardless of the consequences of punishment. Retributivist views find intrinsic (rather than merely instrumental) value in the imposition of burdens on those guilty of wrongdoing.¹⁸⁰ In addition, some have sought to combine or reconcile

176 LACEY, *Approaching or Rethinking* (Fn. 7), 311: 'the distinctiveness of criminal law as a set of public co-ordinating norms in countries like England and Wales today has been shaped over time by the inter play of ideas, interests and institutions'.

177 VICTOR TADROS, *The Ends of Harm*, Oxford 2011, 1.

178 THORBURN (Fn. 156), 25.

179 See eg CESARE BECCARIA, *On Crimes and Punishment* (first published 1766; R Bellamy ed; R Davies tr) 5th edn, Cambridge 1995; JEREMY BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (first published 1789; JH Burns and HLA Hart eds), London 1970.

180 See eg IMMANUEL KANT, *Groundwork of Metaphysics of Morals* (first published 1785; ed M Gregor and KJ Timmerman), Cambridge 2014; important contemporary accounts include: MICHAEL MOORE, *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*, New York 1997; RA Duff, *Answer-*

elements of these theories in the pursuit of a robust justification of punishment.¹⁸¹

It is notable, though, that none of the theories of punishment has been able to establish itself as espousing the principal sentencing rationale in practice. As Frase notes: ‘Principles of uniformity and retributive proportionality are now recognised to some extent in almost all systems, but sentences in these systems are also designed to prevent crime by means of deterrence, incapacitation and rehabilitation’.¹⁸² The ECtHR, too, has suggested that punishment may fulfil a number of aims, referring somewhat nebulously to the ‘legitimate penological grounds’ for detention as including ‘punishment, deterrence, public protection and rehabilitation’ and noting that while many of the grounds would be ‘present at the time when a life sentence is imposed’, ‘the balance between these justifications for detention is not necessarily static and may shift in the course of the sentence’.¹⁸³ This state of affairs clearly calls for consideration. If courts can pick and choose between sentencing aims, how will be impossible to identify the purposes of punishment? In addition, to the extent that limits are usually understood to follow from aims, the variety of sentencing aims seems to call into question the potential for the development of proper restraints on state punishment.

This focuses attention on the importance of consideration of the manner in which state punishment is conceptualized, including, in particular, the definition of state punishment and its relationship to the criminal law, to the reasons why someone should be punished in the first place and to the justificatory burden on the state. In considering these issues, it is useful to examine in the manner in which they have been addressed in the human rights case law. In its case law on Article 7(1) ECHR, the ECtHR has outlined an understanding of punishment which emphasises the importance of distinguishing between the scope of application of the guarantee (does a sanction constitute a ‘penalty’ for the purposes of the provision?) and the normative demands of the provision (was that penalty imposed on a culpable individual for a violation of a prospectively defined criminal act or omission?) for the conceptualisation of justified punishment.¹⁸⁴ This reflects acknowledgment of the close relationship between the de-

ing for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law, Oxford 2007; RA Duff, *Towards a Theory of Criminal Law*, Aristotelian Society Supplementary Vol 84, 2010, 1–28.

181 Notably ANDREW VON HIRSCH, *Doing Justice: The Choice of Punishments*, New York 1976.

182 RICHARD S FRASE, *Comparative Perspectives on Sentencing Policy and Research*: in Tony Michael/ Frase Richard S (eds), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, Oxford 2001, 259, 261.

183 *Vinter and Others v UK* [GC], App nos 66069/09 and 130/10 and 3896/10, ECHR 2013-III, § 111.

184 It is important to note here that justified punishment is broader than respect for legality in the sense of Article 7(1) ECHR. For consideration of the issue of the proportionality from a human rights perspective, see in particular DIRK VAN ZYL SMIT AND ANDREW ASHWORTH, *Disproportionate Sentences as Human Rights Violations*, *Modern Law Review*, 67, 2004, 541. For an ana-

definition of punishment and its justification. Here, the focus of the human rights case law is on the dangers of an under-inclusive definition. The definition of punishment is of central importance because a narrow definition of punishment might allow states to escape the demands of the justificatory burden. For this reason, the ECtHR has insisted on developing an ‘autonomous’ notion of punishment. It is important to note at the outset that the ECtHR’s concept of ‘justified’ punishment is restricted to the extent that while it imposes normative constraints on punishment it does not explain *why* a person should be punished, beyond of course the idea that the punishment follows from the fact that he or she committed a criminal offence.

The emphasis of the discussion on the purpose of defining punishment in the human rights case law might be seen to be somewhat different from that discussed in punishment theory. In punishment theory, too, there is recognition of the need to consider carefully issues of definition and justification. Punishment is by definition imposed for an (alleged) criminal offence. The justification is then found in the purposes of responding to the offence, such as imposing burdens on or deterring offenders. The principal concern on such theories might be seen to be with over-inclusion, with explaining how punishment can be conceptually kept apart from other state-imposed sanctions, such as quarantine or taxes.

Central to the definition of punishment on both accounts is its relationship to the criminal law. This means that in one important sense, to the extent that by analysing law we are analysing a normative institution,¹⁸⁵ the definition of state punishment is inevitably tied to its justification.¹⁸⁶ The definition of punishment in terms of law inevitably serves to legitimize it on both legal and moral grounds.¹⁸⁷ Yet, at the same time, in both the punishment literature¹⁸⁸ and in the case law of the ECtHR there is recognition of the fact that the incorporation of elements of justification into the definition of punishment might prove problematic by artificially and improperly narrowing its definition. In order to consider this in more detail it is useful to consider the conceptualization of punishment in the case law of ECtHR on Article 7(1) ECHR.

lysis of the importance of the limits of human rights guarantees on punishment, see SUMMERS (Fn. 158).

185 See DUFF, *Theorizing Criminal Law* (Fn. 11), 353.

186 See THOMAS MCPHERSON, *Punishment: Definition and Justification*, *Analysis* 28, 1967, 21, 24 who argues that any appearance of separateness between definition and justification is illusory.

187 JOHN RAWLS, *Two Concepts of Rules*, *The Philosophical Review*, 64, 1955; DIDIER FASSIN, *The Will to Punish*, New York 2018, 32; GEOFFROY DE LAGASNERIE, *Judge and Punish: The Penal State on Trial*, Stanford 2018 and for discussion LINDSAY FARMER, *Crime and Punishment*, *Criminal Law and Philosophy*, 14, 2020, 289. For discussion of difficulties of adopting an overly broad notion of state punishment, see DAVID GARLAND, *The Rule of Law, Representational Struggles and the Will to Punish*, in Fassin Didier, *The Will to Punish*, New York 2018.

188 See eg HLA HART, *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, in Hart HLA (ed), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd edn, Oxford 2008, 6.

II. Conceptualising Punishment(s)/‘Penalties’

1. *The Scope of Application of Article 7(1) ECHR*

Article 7(1) ECHR prohibits the imposition of ‘punishment without law’ and states that no one shall be found ‘guilty of any act or omission which did not constitute a criminal offence’ at the time it was committed. In addition, it prohibits the imposition of a ‘heavier penalty’ than was applicable at the time the criminal offence was committed. These two requirements have to be read together which means that the notions of penalty and punishment are essentially synonymous for the purposes of Article 7(1) ECHR.¹⁸⁹

The definition of ‘penalty’ is characterized as ‘autonomous’ in the sense that the ECtHR will ‘go beyond appearances and assess for itself whether a specific measure amounts in substance to a “penalty” within the meaning of the provision’.¹⁹⁰ The reason for the autonomous character of the definition of penalty is clear. Were the contracting states able to unilaterally decide on the definition of penalty, they would be able to escape their obligations under Article 7(1) ECHR simply by re-labelling conduct as ‘non-punitive’.¹⁹¹ In this sense, the entitlement of the state to define the boundaries of punishment should be understood to be ‘asymmetrical’.¹⁹² States have considerable freedom to designate a sanction as ‘punitive’, in the sense that the designation of a sanction as such will be accepted as such by the ECtHR, but the decision to designate a sanction as non-punitive is subject to tighter control.

There are two issues of particular significance here. First, acceptance of a state’s express characterisation of a sanction as punishment draws attention to the relationship between punishment and law; to the idea of state punishment as mediated by law. Second, the need for an autonomous notion of penalty is not just of importance for ensuring the uniform or consistent application of the right in Article 7(1) ECHR in the various contracting states. It is representative of the fundamental importance of the relationship between the scope of the application of the provision and the substantive right(s), which it is designed to protect, in other words between the concept of punishment and the notion of justified punishment.

It is important to note at the outset that the concept of ‘penalty’ in Article 7(1) ECHR is closely related to the notion of the ‘criminal charge’ in Article 6(1)

189 In particular, penalties are not to be understood as constituting a lesser type punishment in the sort of sense discussed by Feinberg, see JOEL FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, *The Monist*, 49, 1965, 397, 398.

190 *GIEM Srl and Others v Italy* [GC], nos 1828/06, 34163/07 and 19029/11, 28 June 2018, § 210; *Welch v United Kingdom*, 9 February 1995, Series A no 307-A, § 27; and *Jamil v France*, 8 June 1995, Series A no 317-B, § 30.

191 *GIEM Srl and Others v Italy* [GC], nos 1828/06, 34163/07 and 19029/11, 28 June 2018, § 216.

192 For consideration of the parallel discussion of the asymmetry of the right to define the ‘criminal charge’, see *Engel and Others v Netherlands*, 8 June 1976, Series A no 22, § 81.

ECHR.¹⁹³ According to the criteria developed in *Engel*, the determination of whether someone is charged with a criminal offence for the purposes of Article 6(1) ECHR will turn on the classification in domestic law, the very nature of the offence¹⁹⁴ and the degree of the severity of the penalty that the person risks incurring.¹⁹⁵ Similarly, in the context of Article 7(1) ECHR, the starting point of the determination of whether a sanction constitutes a ‘penalty’ is whether the measure was ‘imposed following a decision that a person is guilty of a criminal offence’.¹⁹⁶ There is an inescapable circularity here in that the determination of whether an offence is criminal in nature turns on whether it can be characterised as punitive, while the determination of whether a sanction is punitive turns on whether it was imposed for a violation of the criminal law.¹⁹⁷

Sanctions, which are expressly imposed as a response to a violation of the criminal law and characterised as such in national law, will obviously constitute punishment. Difficulties arise in relation to the determination of the nature of sanctions, which are not officially classed as punishment in domestic law. Neither the absence of a formal criminal conviction, nor the express classification of the sanction as non-punitive in nature will rule out *per se* the characterisation of the sanction as a penalty for the purposes of Article 7(1) ECHR. In determining whether a sanction constitutes a penalty, the ECtHR will also take into consideration ‘the nature and aim of the measure – particularly whether it might be said to be punitive’, the procedures linked to its adoption and execution, and its severity.¹⁹⁸ The severity of the measure is of subsidiary importance. Minor sanctions may be classed as punitive in nature and sanctions of a preventative nature, such as to take them outside the scope of Article 7(1) ECHR, might be hugely burdensome on an individual.¹⁹⁹

The case law dealing with the determination of whether a sanction is to be classed as punitive in nature is confusing, but it is possible to identify some important distinctions. First, the ECtHR has continually insisted that hospital orders and other preventive or therapeutic measures imposed on those found not guilty on the grounds of criminal insanity are not punitive in nature.²⁰⁰ The

193 Articles 6 and 7 are to be interpreted in the same way, see eg *Žaja v Croatia*, no 37462/09, 4 October 2016, § 86

194 Deemed in *Jussila v Finland* [GC], no 73053/01, ECHR 2006-XIV, § 38 to be the most important criteria; *Ezeh and Connors v United Kingdom* [GC] nos 39665/98 and 40086/98, ECHR 2003-X, § 82: The very nature of the offence is a factor of greater import.

195 *Engel and Others v Netherlands*, 8 June 1976, Series A no 22, § 82.

196 *GIEM Srl and Others v Italy* [GC], nos 1828/06, 34163/07 and 19029/11, 28 June 2018, § 210.

197 SUMMERS (Fn. 158), ch 6.

198 *GIEM Srl and Others v Italy* [GC] (n 35) para 211, citing *Welch v United Kingdom*, 9 February 1995, Series A no 307-A, § 28; *Jamil v France*, 8 June 1995, Series A no 317-B, § 31; *Kafkaris v Cyprus* [GC], no 21906/shy04, ECHR 2008-I, § 142; *M v Germany*, no 19359/04, ECHR 2009, § 120; *Del Río Prada v Spain* [GC], no 42750/09, ECHR 2013, § 82; and *Société Oxygène Plus v France* (dec), no 76959/11, 17 May 2016, § 47.

199 *Del Río Prada v Spain* [GC], no 42750/09, ECHR 2013 § 82.

200 See eg *Berland v France*, no 42875/10, 3 September 2015, §§ 39–47.

principal reason for this is that such sanctions are not imposed ‘following a conviction for a criminal offence’.²⁰¹ Here there is necessarily a certain degree of divergence between Article 6(1) ECHR and Article 7(1) ECHR. It is quite possible that Article 6(1) ECHR will apply to such proceedings, in that they concern the determination of a criminal charge. In the event that the individual is found not guilty on the basis of criminal insanity, though, any sanctions imposed will not constitute penalties for the purposes of Article 7(1) ECHR.²⁰²

Second, sanctions imposed for offences – such as disciplinary offences – which are not to be understood as criminal in nature will fall outside the scope of application of Article 7(1) ECHR. In *Platini*, for instance, the applicant complained about the imposition of sanctions imposed by FIFA’s Ethics Committee and the Appeal Committee in pursuance of the FIFA Disciplinary Code. The ECtHR held that the provisions of the Disciplinary Code were not criminal in nature (noting that the Code involved ‘particular measures taken against a member of a relatively small group of individuals with a special status and subject to specific rules’) and thus that the sanctions imposed did not constitute penalties for the purposes of Article 7(1).²⁰³ Similarly, in *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall*, the ECtHR held that fines imposed on lawyers for failing to comply with professional duties were disciplinary in nature and thus did not engage Article 6(1) ECHR or Article 7(1) ECHR.²⁰⁴

Third, purely preventive measures will not engage the protection of Article 7(1) ECHR. In *Lawless v Ireland (No 3)*, the applicant had been detained under legislation ‘for the sole purpose of restraining him from engaging in activities prejudicial to the preservation of public peace and order or the security of the State’. The ECtHR held that as the detention was a purely preventative measure, it was not imposed ‘due to his having been held guilty of a criminal offence within the meaning of Article 7(1) ECHR’.²⁰⁵ This was not to say that the detention was justified, this was a matter to be determined in accordance with the requirements of Article 5(1) ECHR, only that it could not be understood as punishment in the sense of Article 7(1) ECHR.

These scenarios emphasise the importance of the relationship between the imposition of a sanction and a criminal conviction for the finding that the sanc-

201 See similarly in the context of Art 5(1) ECHR: *Claes v Belgium*, no 43418/09, 10 January 2013, § 110 and *Moreels v Belgium*, no 43717/09, 9 January 2014, § 43.

202 For discussion, *G v France*, no 27244/09, 23 February 2012, § 46.

203 *Platini v Switzerland*, no 526/18, 11 February 2020.

204 See too eg *Gestur Jónsson And Ragnar Halldór Hall v Iceland*, nos 68273/14 and 68271/14, 22 December 2020, § 112: ‘The Court has already held that the proceedings in question did not involve the determination of a “criminal charge” within the meaning of Article 6 of the Convention and that this provision did not apply to those proceedings under its criminal limb. In these circumstances and for reasons of consistency in the interpretation of the Convention taken as a whole, the Court does not find that the fines complained of under Article 7 are to be considered a “penalty” within the meaning of this provision’.

205 *Lawless v Ireland (No 3)*, 1 July 1961, Series A no 3, § 19.

tion constitutes punishment. Difficulties arise, in particular, in those cases in which the sanctions, while not characterised in domestic law as punitive in nature, might nevertheless be said to have been imposed following a criminal conviction.

2. *Sanctions Imposed for, following or as a result of a Criminal Conviction*

a. *Distinguishing Punitive and Non-Punitive Sanctions*

Sanctions will sometimes follow a number of aims; they might pursue punitive, preventive and compensatory purposes. A good example of such a sanction is a confiscation order imposed following a criminal conviction. In *Welch*, for instance, the applicant was convicted of drug dealing and sentenced to twenty-two years' imprisonment. In addition, a confiscation order was imposed (£66,914) in pursuance of confiscation of the proceeds of crime legislation. In default of the payment of this sum the applicant was liable to serve a sentence of two years' imprisonment, to be served consecutively. The ECtHR held that the confiscation order, in addition to its clearly preventive, compensatory character, was punitive in nature.²⁰⁶ This punitive element was sufficient to bring the sanction within the field of application of Article 7(1) ECHR even if it was properly to be described as primarily preventive.

In determining that the sanction was punitive, the ECtHR was not just influenced by the fact that the sanction had been imposed as a response to the criminal offence. It referred also to the 'sweeping statutory assumptions' in the legislation that 'all property passing through the offender's hands over a six-year period' was in fact the fruit of drug trafficking unless proven otherwise; 'the fact that the confiscation order was 'directed to the proceeds involved in drug dealing' and 'not limited to actual enrichment or profit'; the fact that the trial judge had had discretion 'in fixing the amount of the order, to take into consideration the degree of culpability of the accused'; and 'the possibility of imprisonment in default of payment by the offender'.²⁰⁷ These elements taken together were considered by the ECtHR to constitute 'a strong indication of, inter alia, a regime of punishment'. In its subsequent case law, the ECtHR has relied on this case in particular with regard to the criterium of the trial judge's discretion to determine the degree of the culpability of the offender in the determination of the sentence.

In *Gardel v France*, on the other hand, which concerned the determination of whether a placement on a sex offenders' register constituted a penalty for the

206 *Welch v United Kingdom*, 9 February 1995, Series A no 307-A, §§ 28–35. Fines imposed in administrative proceedings have also been deemed to constitute penalties for the purpose of Article if they have both a preventive and punitive function, see eg *Valico SRL v Italy* (dec), no 70074/01, ECHR 2006-III.

207 *Welch v United Kingdom*, 9 February 1995, Series A no 307-A, § 33.

purposes of Article 7(1) ECHR, the ECtHR held that this sanction was not punitive. Following the applicant's conviction for sexual offences, he was informed in writing by the police that, pursuant to provisions of the criminal procedure code, he would be placed on the sex offenders' register.²⁰⁸ In this case too, this sanction might be understood to have been imposed *following* a criminal conviction. Here, the ECtHR took a different approach. It noted that the 'the applicant's placement on the Sex Offenders Register was indeed the result of his conviction on 30 October 2003, since placement on the register is automatic in the case of persons who, like the applicant, have been sentenced to a prison term of over five years for a sexual offence.'²⁰⁹ The ECtHR noted that in domestic law, the sanction constituted a 'public-order measure' rather than a sanction and that according to the criminal procedure code was 'designed to prevent' persons who had committed sexual offences or violent crimes 'from reoffending and to ensure that they can be identified and traced'. It held that the main aim of the provision was to prevent re-offending²¹⁰ and the 'fact that a convicted offender's address is known to the police or gendarmerie and the judicial authorities by virtue of his or her inclusion in the Sex Offenders Register constitutes a deterrent and facilitates police investigations'. This led it to conclude that the 'obligation arising out of placement on the register therefore has a preventive and deterrent purpose and cannot be considered to be punitive in nature or as constituting a sanction.' In addition it held that 'the obligation to provide proof of address every six months and to declare any change of address within fifteen days at the latest, albeit for a period of thirty years', was not 'sufficiently severe to amount to a "penalty"'.²¹¹ The placement on the sex offender' register followed automatically as a consequence of the conviction, for preventive reasons and without any judicial consideration of the culpability of the accused.

The ECtHR's case law gives rise to a number of difficult questions. Should a sanction be understood as punitive simply by virtue of the fact that it is imposed following or for a criminal conviction, even if it is not so understood in national law? Does punitiveness imply that the sanction has been imposed as a response to culpability for a criminal offence? Is it appropriate to determine the punitiveness of a sanction simply by reference to the nature of the proceedings (ie administrative or criminal) in which it is imposed? In order to consider these questions in more detail, it is useful first to consider three types of cases which have proved particularly problematic in the ECtHR's case law: the revocation of a

208 *Gardel v France*, no 16428/05, ECHR 2009, §§ 40 et seq; see also *Ibbotson v United Kingdom* (dec), no 40146/98, 21 October 1998, unreported, and *Adamson v United Kingdom* (dec), no 42293/98, 26 Jan 1999 and *Van der Velden v Netherlands* (dec), no 29514/05, ECHR 2006-XV.

209 *Gardel v France*, no 16428/05, ECHR 2009, § 41.

210 *Ibid.*, § 43.

211 *Ibid.*, § 45.

licence or prohibition on the entitlement to engage in some sort of professional activity, the imposition of deportation orders and disqualification from standing for elected office.

aa. Revocation of Licences etc

It is common for a criminal conviction to result in further consequences, such as the revocation of a professional licence. In a number of cases, applicants have argued that the revocation of a professional licence was a direct consequence of the criminal conviction and thus was to be considered punitive in nature. In *Gouarré Patte v Andorra*, for instance, the ECtHR held that a lifetime ban on practising as a doctor constituted a penalty within the meaning of Article 7(1) ECHR. It noted that the ban was set out in the criminal code, was imposed in criminal proceedings and that the domestic courts also considered it to be a penalty.²¹²

It is useful to compare this case with *Rola v Slovenia* in which the ECtHR had to consider whether the revocation of the applicant's licence to act as a liquidator in insolvency proceedings following his criminal conviction for financial offences constituted a penalty for the purposes of Article 7(1) ECHR. In *Rola*, the revocation measure was not set out in criminal law but rather in administrative law. The applicant's professional licence was revoked in separate administrative proceedings conducted on completion of the criminal proceedings by the ministry of justice. The reason for the revocation of the licence was that only those who did not have a prior conviction for the type of criminal offence committed by the applicant, were entitled to hold a licence to act as a liquidator. The ECtHR held that the revocation of the licence did not follow punitive and dissuasive aims.²¹³ It noted that the purpose of the legal provision did not appear to be 'to inflict a punishment in relation to a particular offence of which a person has been convicted but is rather aimed at ensuring public confidence in the profession in question. It is aimed at members of a professional group possessing a special status, specifically liquidators in insolvency proceedings'.²¹⁴ This led the ECtHR to conclude that 'the revocation of the licence did not have a punitive and dissuasive aim pertaining to criminal sanctions.' The ECtHR was also influenced by the fact that the measure was imposed 'solely on the basis of a final criminal conviction' and that Ministry of Justice and subsequently the courts reviewing the case' had not had any discretion in deciding whether or not to impose the measure and had not carried out any assessment of the culpability of the applicant.²¹⁵

212 *Gouarré Patte v Andorra*, no 33427/10, 12 January 2016, § 30.

213 *Rola v Slovenia*, nos 12096/14 and 39335/16, 6 June 2019, §§ 60–66.

214 *Ibid*, § 64. See too *Müller-Hartburg v Austria*, no 47195/06, 19 February 2013, § 45.

215 *Rola v Slovenia*, nos 12096/14 and 39335/16, 6 June 2019, § 65.

Three of the seven judges were unconvinced by this approach arguing that despite being imposed in administrative proceedings, the sanction had been imposed *for* a criminal offence.²¹⁶ They noted that the disputed measure had been ‘imposed as an automatic consequence of the applicant’s final criminal conviction’ and that ‘[n]o assessment of the relevance of the criminal offence in question to the applicant’s suitability for the profession of liquidator’ had been carried out by the relevant administrative authority and indeed that the applicable legislation left no room for such assessment. Further, while the revocation had been determined in administrative proceedings, the administrative authority merely had to rely on the findings of the criminal court. This led the dissenting judges to conclude that: ‘the nature of the proceedings cannot in the present case carry any particular weight in the determination of the existence of a “penalty”’.²¹⁷ Although the measure was not formally characterized as a criminal sanction in the criminal code and was characterised as a “legal consequence of conviction”, this alone was not to be taken to ‘detach the impugned measure from the applicability of the provisions of criminal law’. Finally, they noted that ‘the applicant was unable to reapply for a licence once the criminal conviction had been expunged from his criminal record’. This was characterized as of decisive importance as it showed ‘that the measure’s purpose was not merely to ensure the applicant’s suitability for the professional activity in question’: ‘Maintaining an inability to reapply for the licence beyond the time limit of legal rehabilitation clearly indicates that the measure’s purpose was essentially punitive, adding another, and in many respects much heavier, legal burden upon the applicant than the imposed criminal sanction itself.’²¹⁷ This led them to conclude that: ‘the strict and automatic link between the criminal conviction and the contested measure, leaving no room to the competent authorities for an assessment of circumstances or the exercise of discretionary powers, together with the essentially punitive purpose of the measure and its rather severe consequences for the applicant, lead to the conclusion that the impugned revocation of his licence is a “penalty” within the meaning of Article 7.’²¹⁸

These cases demonstrate that culpability is of particular relevance in separating preventive and punitive measures. In the consideration of whether a sanction is punitive, the ECtHR is strongly influenced by whether in imposing the sanction the judge takes the culpability of the accused into account. The concerns of the dissenting judges as regards the severity of the subsequently imposed sanction, however, seem well placed and call for closer consideration.

216 Ibid, dissenting opinion of Judges Pinto de Albuquerque, Bošnjak and Kūris, attached to the judgment.

217 Referring to *Rivard v Switzerland*, no 21563/12, 24 October 2016, § 24.

218 Dissenting opinion of Judges Pinto de Albuquerque, Bošnjak and Kūris attached to the judgment in *Rola v Slovenia*, nos 12096/14 and 39335/16, 6 June 2019.

bb. Deportation Orders

When thinking about the definition of punishment and specifically the issue of the over-inclusiveness of the definition, it is useful to consider the manner in which the ECtHR has approached the issue of the deportation orders. It is quite common in Europe for non-citizens convicted of crimes to be faced with the imposition of a deportation order. Such orders are imposed *following* a conviction for a criminal offence; should they also be understood as being imposed *for* the commission of that offence?

In *Gurguchiani v Spain*, the criminal code provided the judge responsible for enforcing the sentence with possibility of replacing the eighteen-month sentence of imprisonment imposed on the applicant with the expulsion of the applicant from the territory of Spain and banning him from returning for a period of between three and ten years, depending on the sentence imposed.²¹⁹ This judge had the discretion to determine which sanction to impose.²²⁰ The ECtHR held that the replacement of the eighteen-month prison sentence imposed on the applicant by his deportation for a period of ten years was to be considered a penalty on par with the sentence of imprisonment imposed on the applicant when he was convicted.²²¹ Of crucial importance in this case was the fact that the sanction was imposed by the judge and that the judge had discretion about whether or not to impose it.

Deportation orders issued in administrative proceedings subsequent to the criminal proceedings will as a general rule not be understood as punishment. In *Maaouia*, for instance, the applicant was a Tunisian national who had been living in France since he was 22 in 1980.²²² He was convicted in 1988 of armed robbery and assault for offences committed in 1985 and sentenced to six years' imprisonment. Following his release from prison, the Minister of the Interior made a deportation order against him. Following administrative proceedings, the applicant succeeded in having the deportation order quashed and in regularising his immigration status. He complained though about the length of these proceedings which lasted almost four years and in this context the ECtHR had to consider whether these proceedings involved the determination of a criminal charge for the purposes of Article 6(1) ECHR. The Government contended that deportation and expulsion orders did not concern criminal charges or amount to punishment for the purposes of Article 6 of the Convention. The deportation order was to be understood as an administrative measure rather than punishment for the purposes of Article 7(1) ECHR.

The point here seems to be that to the extent that the decision-making authority in administrative proceedings does not conduct an assessment of per-

219 *Guruchiani v Spain*, no 16012/06, 15 December 2009.

220 *Ibid.*, § 32.

221 *Ibid.*, § 40.

222 *Maaouia v France* [GC], no 39652/98, ECHR 2000-X, § 29.

son's culpability for an offence in determining whether to impose a deportation order or the length of the order, then it cannot be understood to be sufficiently connected to the criminal offence as to constitute punishment. This is obviously different if it is imposed by the trial judge. In those cases, in which a deportation order is imposed in the context of a sentencing decision by a judge in criminal proceedings, the reason for the imposition of the order is so closely connected to the offences as to constitute punishment. Judge Costa, concurring in *Maaouia*, put it like this: 'To my mind, exclusion orders, which the criminal courts may (without obligation) add to a term of imprisonment for a criminal offence, constitute an *ancillary penalty* and thus come within the criminal law.'²²³

cc. Disqualification from Standing for Election

In *Galan*, the applicant complained that he had been prohibited, on account of his conviction for corruption, from standing for election.²²⁴ The ECtHR noted that the aim of the sanction was to preserve the proper functioning and transparency of the administration, and also the free decision-making of elective bodies. It also afforded weight to the approach of the Italian Constitutional Court, according to which the sanctions were not to be regarded as a result of a conviction falling within the scope of the criminal law. Instead, they resulted from: 'the loss of the subjective condition allowing access to and exercise of elective office. An elected official who is stripped of his office following the loss of his passive electoral capacity is not sanctioned according to the seriousness of the acts of which he has been accused and for which he has been convicted by the criminal courts; he is excluded from the elective assembly to which he is answerable because he has lost his moral aptitude, an essential condition for being able to continue to sit as a representative of the electorate.'²²⁵ The ECtHR concluded that neither the prohibition on standing for election nor the disqualification represented a penalty for the purposes of Article 7(1) ECHR.

b. *Sanctions Imposed for a Criminal Offence: A Reassessment*

The distinction between punitive and non-punitive sanctions is complex and this complexity is related principally to difficulties associated with determining whether and under which circumstances a sanction is to be properly understood as having been imposed *for* a criminal offence. It is useful to distinguish the

223 Ibid, see also the concurring opinion of Judge Costa in *Maaouia*, attached to the judgment. Judge Bratza takes a more procedural take in his concurring opinion: See also the concurring opinion of Judge Bratza attached to the judgment in *Maaouia*: 'However, the situation would be different if the order for deportation were made by a court following a conviction for a criminal offence and formed an integral part of the proceedings resulting in the conviction'.

224 *Galan v Italy* (dec), no 63772/16, 18 May 2021, § 80.

225 Ibid, § 85.

various situations that might arise in this context. First, sanctions might clearly be designated in national criminal law as punishment. Second, sanctions might be expressly provided for in national criminal law but designated as ancillary measures rather than punishment. Finally, sanctions might be imposed in separate (usually administrative) proceedings instituted following a conviction in criminal proceedings.

These cases demonstrate the scope for the same types of sanctions (eg deportation orders or revocation of licences) to be classed differently (ie as punitive or not) in the case law of the court. The reason for this is the asymmetrical nature of the ECtHR's autonomous definition of punishment, which is not designed to set out an authoritative account of punishment but rather to prevent circumvention of the rights in Article 7(1) ECHR.

The overview of the case law of the ECtHR nevertheless allows for some conclusions to be drawn on the question of when a sanction is properly understood to be imposed *for* a criminal conviction. Sanctions which are expressly classed as punishment in national law will be understood as punitive in nature for the purposes of Article 7(1) ECHR.²²⁶ Sanctions which are provided for in the criminal code, even if designated as ancillary measures rather than punishment *per se*, will also be considered to constitute penalties, provided that the judge is able to take the culpability of the accused into account in fixing the penalty.²²⁷ The connection to an offender's culpability for the offence is deemed to lend the sanction punitive character.

In the context of sanctions imposed in subsequent administrative proceedings, on the other hand, there seems to be a presumption against the classification of the sanction as criminal, even if the criminal offence is the sole reason for the imposition of the (administrative) sanction. Here again the fact that the authority is not involved in determining the culpability of the accused plays a central role.²²⁸ The suggestion is that that the administrative authority is permitted to accept the findings of the criminal court in order to uphold other values, such as confidence in the proper functioning of the political system or in a particular profession. Nevertheless, the concerns of the dissenting judges in *Rola* regarding the severity of the sanction are important. The argument that a measure which appears exceptionally severe – particularly when compared with punitive sanctions and in the absence of further justification – ought to be viewed as a criminal sanction seems well founded. In addition, it is notable that the ECtHR has adopted precisely this approach in the context of Article 4 of Protocol No 7 ECHR in which it has repeatedly held that the severity of the measure can in itself be so significant, regardless of the context of his criminal

²²⁶ See eg *Gouarré Patte v Andorra*, no 33427/10, 12 January 2016, § 76; *Gurguchiani v Spain*, no 16012/06, 15 December 2009.

²²⁷ See eg *Welch v United Kingdom*, 9 February 1995, Series A no 307-A, §§ 29–35.

²²⁸ See eg *Rola v Slovenia*, nos 12096/14 and 39335/16, 4 June 2019.

conviction, as to lead to the conclusion that it must be viewed as a criminal sanction.²²⁹

What does this tell us about the definition of punishment in Article 7(1) ECHR? The determination is not procedural but rather connected to a substantive determination about the connection between the finding of guilt for an offence and the imposition of the sanction. The imposition of a sanction in subsequent administrative proceedings might well constitute a sanction under certain circumstances. This might be the case if the administrative authority is able or called on to make a judgment on the extent of the culpability of the accused for the offence or alternatively if the sanction imposed in these proceedings is disproportionately severe when compared to the punitive sanction imposed by the sentencing judge for the criminal offence.

3. *Sanctions imposed in the Absence of a Finding of Guilt as Punitive?*

In view of the importance of the issue of culpability in the differentiation of punitive and non-punitive sanctions, it might be to be expected that any sanctions imposed in the absence of a conviction or a finding of guilt would not be considered punitive in nature. In fact, the ECtHR has held that a sanction might be considered to constitute a penalty for the purposes of Article 7(1) ECHR even if it was imposed in the absence of a criminal conviction. In *GIEM Srl and Others v Italy*, the ECtHR held that the question whether the sanctions had been imposed following a conviction for a criminal offence, was ‘only one criterion among others to be taken into consideration’.²³⁰ It explained this with reference to the importance of ensuring that states were not free to imposed penalties without classifying them as such and thereby depriving individuals of the safeguards of Article 7(1) ECHR.²³¹

The ECtHR followed an earlier decision, *Sud Fondi Srl and Others*, in which it had found that, even though ‘no prior criminal conviction [had been] handed down against the applicant companies or their representatives by the Italian courts’, the impugned confiscation was nevertheless connected to a criminal of-

229 See in the context of Protocol 4 Art 7 *Nilsson v Sweden* (dec), no 73661/01, ECHR 2005-XIII: ‘What is more, in the view of the Court, the severity of the measure – suspension of the applicant’s driving licence for 18 months – was in itself so significant, regardless of the context of his criminal conviction, that it could ordinarily be viewed as a criminal sanction’ citing *Mulot v France* (dec), no 37211/97, 14 December 1999 and *Hangl v Austria* (dec), no 38716/97, 20 March 2001.

230 *GIEM Srl and Others v Italy* [GC], nos 1828/06, 34163/07 19029/11, 28 June 2018, § 215 citing *Saliba v Malta* (dec), no 4251/02, 23 November 2004; *Sud Fondi Srl and Others* (dec), no 75909/01, 30 August 2007; *M v Germany*, no 19359/04, ECHR 2009; and *Berland v France*, no 42875/10, § 42, 3 September 2015); *Valico Srl v Italy* (dec), no 70074/01, ECHR 2006-III. The Court has rarely found this aspect decisive in declaring Article 7 inapplicable, see *Yildirim v Italy* (dec), no 38602/02, ECHR 2003-IV, and *Bowler International Unit v France*, no 1946/06, 23 July 2009, § 67.

231 *GIEM Srl and Others v Italy* [GC], nos 1828/06, 34163/07 19029/11, 28 June 2018, § 216.

fence based on general legal provisions.²³² The ECtHR was influenced *inter alia* by the fact that the confiscation order was classified in the criminal code as a criminal sanction (treating sceptically the suggestion of the Italian government that this was merely a drafting error); the Italian courts had themselves referred to the punitive and deterrent aspects of the sanction; the sanction was particularly harsh; the order was imposed by the criminal courts.²³³

This approach gives rise to difficult questions for the definition of punishment in that it seems to allow for Article 7(1) ECHR to be engaged in the absence of criminal proceedings and suggests that an understanding of the definition of punishment as imposed for a criminal offence might be too narrow.²³⁴ It is important, though, not to overestimate the implications of this judgment. In the vast majority of cases, a confiscation order imposed outside criminal proceedings will not, of course, constitute punishment. There will have to be some reason why the sanction calls to be treated as *de facto* punishment, in the sense that there will have to be real grounds for supposing that the state is attempting to circumvent the protections of Article 7(1) ECHR. In *GIEM Srl and Others* this finding was tied to the close connection between the imposition of the sanctions on the applicants and criminal proceedings against third parties. Similarly, in *AP, MP, and TP v Switzerland*, the ECtHR held that ‘imposing criminal sanctions on the living in respect of acts apparently committed by a deceased person’ was incompatible with Article 6(2) ECHR.²³⁵

It is notable that in both *GIEM* and in *AP, MP and TP v Switzerland*, the sanctions had in fact been imposed for criminal offences, just not ones which could be legally or normatively attributed to the applicants. There is thus here a conceptual connection between the penalty and a criminal offence. This suggests that these cases do not in fact call into question the requirement that punishment as a matter of definition be for an alleged offence. They instead should be understood as reaffirming the idea that the imposition of a sanction for a criminal offence in the absence of a finding of culpability must be understood as punishment, albeit punishment which cannot be justified in the sense of the substantive requirements of Article 7(1) ECHR.

232 *Sud Fondi Srl and Others v Italy* (dec), no 75909/01, 30 August 2007.

233 *GIEM Srl and Others v Italy* [GC], nos 1828/06, 34163/07 19029/11, 28 June 2018, §§ 210–234.

234 As is expressly recognised by the ECtHR, *GIEM Srl and Others v Italy*, [GC], nos 1828/06, 34163/07 19029/11, 28 June 2018, § 233. ‘This conclusion, which is the result of the autonomous interpretation of the notion of “penalty” within the meaning of Article 7, entails the applicability of that provision, even in the absence of criminal proceedings within the meaning of Article 6.’

235 *AP, MP and TP v Switzerland*, no 19958/92, 29 August 1997, § 46.

III. The Substantive Requirements of Article 7(1) ECHR

Article 7(1) ECHR prohibits the imposition of punishment in the absence of law. This means that it is essential that at the time the accused committed an offence there was a legal provision in force ‘which made that act punishable, and that the punishment imposed did not exceed the limits fixed by that provision’.²³⁶ Punishment will only be justified if it meets the substantive demands of legality. For the purposes of Article 7(1) ECHR, the penalty must be clearly and prospectively defined in law. The ECtHR has held that Article 7(1) ECHR ‘embodies generally the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty and prohibits in particular the retrospective application of the criminal law where it is to an accused’s disadvantage.’²³⁷ In a number of cases, the ECtHR has stressed the importance of the criteria of foreseeability in the context of sentencing law.²³⁸

At the point of attribution of criminal liability, the ECtHR has held that Article 7(1) ECHR imposes constraints on the process of criminalisation by requiring that the accused has committed a clearly defined offence and not for other reasons such as character. The same constraints apply to punishment: punishment must be imposed as a response to a finding of culpability for a clearly defined act or omission.²³⁹ It is a fundamental principle of the criminal law that only those to whom culpability can be normatively attributed can be held liable and punished accordingly.²⁴⁰ In *Varvara*, the ECtHR put it like this: ‘The ‘penalty’ and ‘punishment’ rationale and the ‘guilty’ concept (in the English version) and the corresponding notion of ‘personne coupable’ (in the French version) support an interpretation of Article 7 as requiring, in order to implement punishment, a finding of liability by the national courts enabling the offence to be attributed to and the penalty to be imposed on its perpetrator. Otherwise the punishment would be devoid of purpose’. It would be inconsistent on the one hand to require an accessible and foreseeable legal basis and on the other to permit punishment where, as in the present case, the person in question has not been convicted.’²⁴¹

Similarly, in *GIEM Srl and Others* the Grand Chamber cited approvingly the position of the ECtHR in *Sud Fondi Srl and Others* to the effect that: ‘It would

236 *Coëme and Others v Belgium*, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96, ECHR 2000-VII, § 145; and *Achour v France* [GC], no 67335/01, ECHR 2006-IV, § 43; *Del Río Prada v Spain* [GC], no 42750/09, ECHR 2013, § 80.

237 See eg *G v France*, no 15312/89, 27 September 1995, § 24.

238 See eg *Achour v France* [GC], no 67335/01, ECHR 2006-IV, § 53; *Alimujac v Albania*, no 20134/05, 7 February 2012, §§ 155–162; *Jamil v France*, 8 June 1995, Series A no 317-B, § 34; *Kafkaris v Cyprus* [GC], no 21906/04 ECHR 2008-I, § 15. For discussion see SUMMERS (Fn, 158), ch 2.

239 See eg *Del Río Prada v Spain* [GC], no 42750/09, ECHR 2013, § 77.

240 *AP, MP and TP v Switzerland*, 29 August 1997, Reports 1997-V.

241 *Varvara v Italy*, no 17475/09, 29 October 2013, § 71 (references omitted).

be inconsistent, on the one hand to require a foreseeable and accessible legal basis and on the other to allow a person to be considered “guilty” and to “punish” him even though he was unable to ascertain the extent of the criminal law because of an error that could not be attributed to him’.²⁴² In *GIEM Srl and Others*, confiscation measures were imposed on the applicant companies for the actions of third parties. The ECtHR held that ‘having regard to the principle that a person cannot be punished for an act engaging the criminal liability of another, a confiscation measure applied, as in the present case, to individuals or legal entities which are not parties to the proceedings, is incompatible with Article 7 of the Convention.’²⁴³

Punishment must be imposed for a clearly defined criminal offence and not for other reasons such as character. This is well-illustrated by the case of *Parmak and Bakir v Turkey*. In this case, the applicants were convicted of the offence ‘of being members of a terrorist organisation’. The notion of a ‘terrorist organisation’ was dubiously defined on the sole basis of the nature of the organisation’s written declarations, its potential for ‘moral coercion’ and despite the absence of violent acts attributable to that organisation. The applicants were sentenced to two years and six months’ imprisonment.²⁴⁴ The ECtHR held that the failure to specify the conduct parts of the offence violated Article 7(1) ECHR, holding that the domestic courts must exercise ‘special diligence to clarify the elements of the offence in terms that make it foreseeable and compatible with its essence’.²⁴⁵

This issue can also be demonstrated by consideration of the US Supreme Court case *Robinson v California*. *Robinson* involved the conviction and punishment of an individual on the basis of Californian legislation, which made it an offence to be addicted to the use of narcotics. According to the provision: ‘No person shall use, or be under the influence of, or be addicted to the use of narcotics, excepting when administered by or under the direction of a person licensed by the State to prescribe and administer narcotics. It shall be the burden of the defense to show that it comes within the exception. Any person convicted of violating any provision of this section is guilty of a misdemeanor and shall be sentenced to serve a term of not less than 90 days nor more than one year in the county jail. The court may place a person convicted hereunder on probation for a period not to exceed five years and shall in all cases in which probation is granted require as a condition thereof that such person be confined in the county jail for at least 90 days. In no event does the court have the power

242 *GIEM Srl and Others v Italy* [GC], nos 1828/06, 34163/07 19029/11, 28 June 2018, § 198. *Sud Fondi Srl and Others v Italy* (dec), no 75909/01, 30 August 2007, § 116.

243 *GIEM Srl and Others v Italy* [GC], nos 1828/06, 34163/07 19029/11, 28 June 2018, § 274.

244 *Parmak and Bakir v Turkey*, nos 22429/07 and 25195/07, 3 December 2019, § 28.

245 *Ibid.*, § 77.

to absolve a person who violates this section from the obligation of spending at least 90 days in confinement in the county jail.²⁴⁶

In *Robinson*, the trial judge had instructed the jury that the statute made it a misdemeanor for a person: ‘either to use narcotics, or to be addicted to the use of narcotics ... That portion of the statute referring to the “use” of narcotics is based upon the “act” of using. That portion of the statute referring to “addicted to the use” of narcotics is based upon a condition or status. They are not identical ... To be addicted to the use of narcotics is said to be a status or condition, and not an act. It is a continuing offense, and differs from most other offenses in the fact that [it] is chronic, rather than acute; that it continues after it is complete, and subjects the offender to arrest at any time before he reforms. The existence of such a chronic condition may be ascertained from a single examination if the characteristic reactions of that condition be found present.’ In addition, the judge instructed the jury that the defendant could be convicted under a general verdict if the jury agreed either that he was of the “status” or had committed the “act” denounced by the statute, noting that: “All that the People must show is either that the defendant did use a narcotic in Los Angeles County, or that, while in the City of Los Angeles, he was addicted to the use of narcotics ...”.²⁴⁷ Robinson was found guilty of the offence charged and sentenced to 90 days of imprisonment.²⁴⁸ The conviction was subsequently reversed by the Supreme Court.²⁴⁹

The absence of a clear definition of a criminal act or omission gives rise to the concern that the criminal law might be utilised to criminalise government opponents or perhaps those deemed socially dangerous. This is precisely the type of arbitrary abuse of power which the idea of legality is designed to prohibit.

The substantive guarantees of Article 7(1) ECHR are clearly based on the idea that all people are to be treated equally as autonomous agents, capable of understanding and responding appropriately to the law. Individuals who were unable to follow law’s demands on the grounds of a lack of culpability cannot be punished. Equally, punishment can only be imposed if a person could have been expected to have acted (or refrained from acting) in a certain way. The act requirement lies very much at the heart of the notion of legality.²⁵⁰ The criminalisation of character is incompatible with Article 7(1) ECHR. Finally, Article 7 (1) ECHR requires that the punishment be imposed in response to an offender’s culpability for the offence and not for other reasons.

246 § 11721 of the California Health and Safety Code.

247 *Robinson v California* 370 US 660, 662f (1962), references omitted.

248 *Ibid.*

249 *Ibid.*

250 On the concepts of human action: HANS JOACHIM HIRSCH, Gibt es eine nationale unabhängige Strafrecht?, in: Seebode Manfred (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, Berlin 1992, 43; HANS WELZEL, Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung, 11. Aufl., Berlin 1969.

IV. The Concept of 'Justified Punishment' in Article 7(1) ECHR

The case law of the ECtHR on the scope of application of Article 7(1) ECHR demonstrates that the ECtHR will first determine whether a sanction constitutes a penalty for the purposes of Article 7(1) ECHR. Only then will it proceed to determine whether the requirements of Article 7(1) ECHR were upheld. This makes it clear that punishment for the purposes of Article 7(1) ECHR is not by *definition* lawful. It also highlights the importance of a 'neutral' definition of punishment to the extent that the normative guarantees of Article 7(1) ECHR (culpability; the act requirement) must be kept apart from the definition. Punishment for the purposes of the ECtHR can thus be understood as a sanction imposed by the state for the commission of an (alleged) criminal offence.

The imposition of a sanction as a response to a violation of a law expressly marked by the state as criminal will automatically constitute a penalty for the purposes of Article 7(1) ECHR. In this regard, the definition of the offence is of no importance. If a state finds a person guilty of a criminal offence and imposes a sanction, this sanction will constitute punishment for the purposes of Article 7(1) ECHR.

The autonomous notion of punishment means that sanctions not labelled as such in national law may nevertheless be considered criminal. This will be the case if they are deemed to be punitive, in the sense of being imposed in accordance with an individual's culpability for an offence. In the cases considered by the ECtHR on the context of Article 7(1) ECHR, there was a link between the sanction imposed and a criminal offence, but the sanction was labelled in national law as preventive or ancillary rather than punitive in nature. As we have seen, though, this resort to an 'autonomous' definition does not result in a uniform understanding of punishment because the ECtHR will automatically accept the designation of sanctions in national law as punishment. The ECtHR control is linked to preventing circumvention of the substantive aspects Article 7(1) ECHR. This means that the same types of sanctions, such as for example the revocation of a licence, may be characterized as punishment or not, depending on the way in which they are regulated in law.

This, though, gives rise to difficult questions in the context of those cases in which the criminal offence itself was not designated as such in national law. Here the designation of whether a sanction is punishment will turn solely on the determination of whether the offence can be understood to be criminal. This though focuses attention again on the issue of how criminal offences are to be identified in the absence of express legal regulation. The overview of the ECtHR's case law makes it clear that punishment for the purposes of Article 7(1) ECHR is a broad notion which applies to all sanctions imposed for a criminal offence, irrespective of whether this offence is considered *mala in se* or regulatory in nature. In this sense, the court's approach to punishment differs materially from theories, which seek to restrict the definition of punishment by

distinguishing between punishment and penalties.²⁵¹ The ECtHR has struggled with these issues in context of Article 6(1) ECHR and seems to have resorted to an approach which focuses on process and on the powers of state authorities, rather than notions of moral wrongfulness in assessing whether an offence is to be understood (conceptually) as criminal in nature.

In determining whether a sanction imposed following a criminal conviction should be defined as punitive, rather than say preventive, a key factor is consideration of whether the authority imposing the sanction had competence or discretion to consider the extent of the culpability of the offender. This gives rise to the question whether a finding of guilt or culpability is central to the definition of penalty in Article 7(1) ECHR. The case of *GIEM* suggests that this is not the case in that it emphasises that a sanction might be considered punitive, even in the absence of a finding of criminal guilt.²⁵² This indicates that the culpability of the offender should not be considered as part of the definition of penalty. A matter may fall within the scope of application of Article 7(1) ECHR even in the absence of a finding of guilt or culpability, providing that there is a conceptual link to a criminal offence.

The overview of the manner in which punishment is conceptualised in the case law on Article 7(1) ECHR suggests that punishment must purport to be imposed for criminal offence. Cases such as *GIEM Srl and Others* do not materially interfere with this understanding of punishment because in these cases there is a clear conceptual link between the punishment imposed and a criminal offence. The issues in these cases stem from the fact that the punishment is imposed as a response to a criminal offence on individuals who have not been found culpable of having committed that offence. From a theoretical perspective, this is normatively but not conceptually problematic. Indeed, this mirrors the type of situation envisaged by Hart in his discussion of sub-standard forms of punishment, such as ‘the punishment of persons ... who neither are in fact nor supposed to be offenders’, as a means of avoiding the ‘definitional stop’.²⁵³ He notes that the ‘stock retributive argument’ to the utilitarian claim that the ‘practice of punishment is justified by the beneficial consequences resulting from the observance of the laws which it secures’ is that if ‘this is the justification of punishment, why not apply it, when it pays to do so, to those innocent of any crime, chosen at random, or to the wife and children of the offender? And

251 FEINBERG (Fn. 189), 398, for instance, argues that ‘while there may be a very general sense of the word “punishment” which is well expressed by this definition ... we can distinguish a narrower, more emphatic sense that slips through the meshes: Imprisonment as hard labor for committing a felony is a clear case of punishment in the emphatic sense; but I think we would be less willing to apply that term to parking tickets, offside penalties, sackings, flunkings, and disqualifications. Examples of the latter sort I propose to call penalties (merely), so that I may inquire further what distinguishes punishment, in the strict and narrow sense that interests the moralist, from other kinds of penalties’.

252 *GIEM Srl and Others v Italy* [GC], nos 1828/06, 34163/07 19029/11, 28 June 2018.

253 HART (Fn. 188), 5.

notes that ‘here the wrong reply is: *That*, by definition would not be punishment and it is the justification of punishment that is in issue’.²⁵⁴ This reply, he notes, ‘prevents us from investigating the very thing which modern scepticism most calls into question: namely the rational and moral status of our preference of a system of punishment under which measures painful to the individual are to be taken against them only when they have committed an offence’.²⁵⁵

The imposition of a punishment is conceptually tied to the commission of a criminal offence. From a normative perspective, punishment will only be justified for the purposes of Article 7(1) ECHR if imposed on an individual to whom criminal liability can be attributed *for* a clearly defined prior act or omission. There are three distinct aspects of relevance here: first punishment must be imposed for conduct and not for status or character; second, only those to whom culpability can be – legally or normatively – attributed can be punished; and third, punishment is limited by an offender’s culpability for the act or omission: the imposition of a higher sentence for other reasons will not be justified.

V. The Relevance of the ECtHR’s Concept of ‘Justified Punishment’ for Theory and Practice

What relevance might this notion of justified punishment hold for the theory and practice of state punishment? Punishment is conceptualised in human rights law as a sanction imposed by the state for an (alleged) criminal offence. The definition is similar to HLA Hart’s ‘standard or central case of punishment’, which characterises punishment as imposed by ‘an authority constituted by a legal system’ for ‘an offence against legal rules’.²⁵⁶ On Hart’s definition, punishment must be ‘of an actual or supposed offender for his offence’, although he makes it clear in his discussion of ‘sub-standard’ forms of punishment, that the punishment of those ‘who neither are in fact nor supposed to be offenders’ might also constitute punishment. In a similar sense, as we have seen, the ECtHR had defined punishment in Article 7(1) ECHR in such a way as to capture those cases in which innocent individuals have been sanctioned for the criminal activities of others.

The concept of punishment in Article 7(1) ECHR concerns state punishment. Punishment is, of course, conceptually broader than just state punishment

254 HART (Fn. 188), 6.

255 HART (Fn. 188).

256 HART (Fn. 188), 4–5: (1) It must involve pain or other consequences normally considered to be unpleasant; (ii) It must be for an offence against legal rules; (iii) It must be of an actual or supposed offender for his offence; (iv) It must be intentionally administered by human beings other than the offender; (v) It must be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offence is committed’; see too ANTONY FLEW, *The Justification of Punishment*, Philosophy, 29, 1954, 291; STANLEY I BENN, *An approach to the Problems of Punishment*, Philosophy, 33, 1958, 325.

in that it can ‘turn up in any human relationship’.²⁵⁷ As Gardner notes, ‘Friends, colleagues, spouses, siblings, and business partners regularly punish each other for actual or supposed wrongs that are not legal wrongs. They typically do so by withdrawing favours or cooperation, but there are many other possible ways, some of which are capable of involving the infliction of grave suffering.’²⁵⁸ In his opinion, state punishment is best understood as a type of punishment in general: ‘Doesn’t the criminal justice system attempt’, he asks, ‘in its inevitably clumsy way, to institutionalize certain moral practices, including the practice of punishment with its familiar relationships to wrongdoing and guilt, that already exist quite apart from the law and its institutions?’²⁵⁹ On this account, state punishment is simply a variety of punishment more broadly: ‘the morality of state punishment is directed first by the morality of punishment in general, and only second (by way of modification) by the rule of law and similar specialized moral considerations.’²⁶⁰ In this sense, state punishment seems to be characterised both conceptually and normatively as some sort of an institutionalised response to moral wrongdoing.

The regulation in Article 7(1) ECHR emphasises, though, that there is something special about state punishment and that this distinctiveness sets it apart from other types of punishment. The importance of the conceptualisation of state punishment as a practice distinct from notions of punishment in general has enjoyed increasing recognition with the development of important public law accounts of criminal law and punishment.²⁶¹ Thorburn, for instance, has argued for a distinct understanding of state punishment on the basis that ‘the liberal constitutional order is concerned with protecting our liberty rather than with guiding our moral choices’.²⁶²

State punishment deserves special attention not just because it is subject to a distinct justificatory burden (characterised in the ECHR context not just by the substantive requirements of Article 7(1) ECHR but also other human rights guarantees, notably those in Articles 3 and 5 ECHR), but also precisely because it must be understood as a practice mediated by and through law.²⁶³ This in turn focuses attention on the process and practice of criminal justice.

257 McPHERSON (Fn. 186), 26: ‘Lovers punish each other; parents punish their children; the State punishes criminals’.

258 JOHN GARDNER, Introduction, in: HART HLA (ed), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd edn, Oxford 2008, xlix.

259 GARDNER (Fn. 258), xlix.

260 GARDNER (Fn. 258), xlix. See also notably LEO ZAIBERT, *Punishment and Retribution*, London 2006, 22 ff; LEO ZAIBERT, *Rethinking Punishment*, Cambridge 2018.

261 VINCENT CHIAO, *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, Oxford 2019; THORBURN (Fn. 156); A BRUDNER, *Punishment and Freedom*, Oxford 2009.

262 THORBURN (Fn. 156), 24. See also MITCHELL BERMAN, *Justification and Excuse: Law and Morality*, *Duke Law Journal*, 53, 2003, 1 suggesting that criminal law doctrine and the legal moralist views do not fit well together.

263 GARDNER (Fn. 258), xlix, is explicit about his disagreement with Hart’s characterisation of punishment as a paradigmatically legal practice (‘an offence against legal rules’) and punishment

The characterisation of the substantive guarantees of Article 7(1) ECHR as ‘side-constraints’ on the concept of state punishment might thus be seen as misleading. To the extent that the definition of punishment is fundamentally linked to the criminal law (in the sense that punishment is imposed for a criminal offence), it will necessarily involve an element of normativity. At the same time, the case law on Article 7(1) ECHR demonstrates the importance of paying close attention to the relationship between the definition and the justification of punishment. The definition of punishment must eschew reference to justificatory elements, such as aims of punishment or the substantive requirements of legality as guaranteed in Article 7(1) ECHR, in order to prevent a narrowing of the definition of punishment and a circumvention of the application of the substantive guarantees.

As regards the purposes of punishment, there is widespread acknowledgment that these cannot be incorporated in the definition of punishment. Similarly, there is consensus that the requirement of culpability cannot be understood to comprise part of the definition. There is less acknowledgment, though, of the relevance of the act requirement in this regard. Punishment is defined in terms of the criminal offence, but it is common for the terms ‘criminal offence’ and ‘wrongdoing’ to be used interchangeably. This is particularly well-illustrated by Gardner’s decision in the introduction to *Punishment and Responsibility* to replace the ‘overly legalistic’ terminology used by Hart (‘offences’, ‘breaches of rules’, etc) with the term ‘wrongdoing’.²⁶⁴ Gardner implies that Hart’s reliance on legal terminology is simply to be explained by the fact that he was uncomfortable with ‘the excessively moralistic overtones of “wrongdoing” and its cognates’.²⁶⁵

One issue with the notion of wrongdoing, though, is that it is strongly indicative of a prior act or omission, of ‘an already committed wrong’.²⁶⁶ The notion of a criminal offence on the other hand is more ambiguous. It is certainly possible to imagine offences, say offences which criminalise status or dangerousness or some characteristic such as ethnicity or sexual orientation, which are not framed in terms of a prior act or omission. There is a risk here that part of the substantive requirements of legality (act requirement) are thus somehow incorporated into the definition of punishment. If punishment is defined in

otherwise than by officials as a ‘sub-standard or secondary case’, writing that he does ‘not share Hart’s conceptual limitation . . . , or even see where it gets its appeal.’

264 GARDNER (Fn. 258), notably at xvii: ‘True, by the nature of punishment, all punishment is for a wrong that, at the time of the punishment, has already been committed’ and in fn 10 ‘Again, Hart says ‘offence’.

265 GARDNER (Fn. 258), i.

266 GARDNER (Fn. 258), xvi: To identify certain suffering as suffering-of-the-guilty, and hence as retributively good, one must always identify the already-committed wrong in respect of which the wrongdoer is guilty’; See too ALICE RISTROPH, Responsibility for the Criminal Law, in: DUFF RA/GREEN STUART (eds), *Philosophical Foundations of the Criminal Law*, Oxford 2011, 107.

terms of wrongdoing, there is danger that sanctions imposed for offences which do involve a prior act are essentially excluded from the definition of punishment.

The approach of the ECtHR challenges us to think about the relationship between notions such as offence and (moral) wrongdoing and the relevance of this relationship for thinking about punishment. Some have argued that ‘what should count as punishment can only be settled if one understands what punishment, morally speaking, is about’.²⁶⁷ This reflects the suggestion that as a matter of definition, criminal punishment can be distinguished from other kinds of state imposed sanctions, and criminal offences from other kinds of sanction-backed regulation by way of the fact that criminal offences purportedly specify kinds of conduct that are wrongful, and that criminal punishment thus purports to be for wrongdoing.²⁶⁸ Others though have called attention to the fact that that ‘criminal wrongdoing does not track moral wrongdoing even remotely closely’.²⁶⁹ The case law of the ECtHR is, in view of the asymmetrical nature of the autonomous definition of criminal charge, of limited assistance on the matter of whether a criminal offence is by definition understood to be (morally) wrongful. The case law does though clearly express the importance of ensuring that the act requirement is not incorporated into the definition of punishment.

The idea that punishment is conceptually imposed for wrongdoing takes on considerable importance in theory, particularly in the context of the idea of proportionality between an offender’s liability for the offence and the sentence as a constraint on punishment. There are real questions though about the extent to which this operates as an effective restraint in sentencing practice.²⁷⁰ The principal problem here is that ‘it leaves open what elements are that stand in appropriate relation to each other’.²⁷¹ This gives rise to the suspicion that proportionality rather than acting as a restraint, simply reinforces ‘existing penal practices or social undertakings’.²⁷²

This might be said to reflect more generally the fact that the issue of limits has been neglected in theory and practice of sentencing. Article 7(1) ECHR has had, in direct contrast to Article 6(1) ECHR, only a very limited impact on sentencing practice. There are, however, a number of sentencing practices which seem difficult to reconcile with the normative standards set out in Article 7(1) ECHR. Article 7(1) ECHR must be understood as limiting the

267 For discussion and criticism see VINCENT GEERAETS, *Two Mistakes about the Concept of Punishment*, *Criminal Justice Ethics*, 37, 2018, 21, 22.

268 DUFF, *Realm of the Criminal Law* (Fn. 13).

269 THORBURN (Fn. 156), 29

270 NICOLA LACEY AND HANNA PICKARD, *The Chimera of Proportionality: Institutionalising Limits of Punishment in Contemporary Social and Political Systems*, *Modern Law Review*, 2015, 216.

271 ULFRID NEUMANN, *The Deserved Punishment*, in: NEUMANN U/SIMESTER AP/DU BOIS-PEDAIN A (eds), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford 2014, 75.

272 L FARMER, *Punishment in the Rule of Law*, in: Meierhenrich J/Loughlin M, *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge 2021.

maximum sentence which can be imposed to that which corresponds to the offender's culpability for the offence. This suggests, for instance, that reliance on other factors, such as previous convictions, a failure to confess, or character, to allow for the imposition of a higher sentence will be difficult to reconcile with Article 7(1) ECHR. In order to illustrate this sort of issue, it is useful to briefly consider the treatment of prior convictions in Switzerland.²⁷³

Previous convictions are of considerable importance in sentencing practice²⁷⁴ and will result in the automatic imposition of a more severe sentence.²⁷⁵ They are viewed conceptually as an aggravating factor;²⁷⁶ the expectation is that people will obey the law and thus the fact that a person does not have a prior record is a neutral, not a mitigating factor.²⁷⁷

According to Article 7(1) ECHR, the maximum punishment, which can be imposed, is that which corresponds to an offender's culpability for the offence. There is widespread acknowledgment, however, of the difficulties in establishing any sort of convincing connection between an offender's culpability for the offence and the fact he or she has previous convictions.²⁷⁸ Indeed the Swiss Federal Supreme Court has on occasion rejected altogether the idea that previous convictions increase an offender's blameworthiness for the offence at issue.²⁷⁹

Legality acts as a limit on state punishment by demanding that punishment be imposed for the offence and not for other reasons, such as (bad) character.

273 For more detailed consideration of this argument, see SUMMERS (Fn. 158), ch 2.

274 See HANS WIPRÄCHTIGER AND STEFAN KELLER, Art 47, in: NIGGLI MARCEL A/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar: Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, N 100: 'eine ausserordentlich wichtige Rolle'; PETER ALBRECHT, 'Die Strafzumessung im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, (1991) ZStrR, 108, 1991, 44, 53; See too GERHARD SCHÄFER/GÜNTHER M SANDER/GERHARD VAN GEMMEREN, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., München 2017, 650; BGE 121 IV 49, 62, E 2d; BGer 6B_954/2009, 14 Jan 2010, E 2.2: 'Das Vorleben und insbesondere die Vorstrafen haben einen zentralen Stellenwert bei der Strafzumessung'.

275 See eg BGE 136 IV 1, 2, E 2.6.2; see also HANS MATHYS, Leitfaden Strafzumessung, 2. Aufl., Basel 2019, 121: 'Die Rechtsprechung bedeutet, dass eine Vorstrafe grundsätzlich automatisch zu einer Straferhöhung führt'; BGE 136 IV 1, 2, E 2.6.2; See eg BGer 6B_510/2015, 25 Aug 2015 (theft): 50% (from 24 months to 36 months).

276 See BGE 136 IV 1, 3 and for discussion FELIX BOMMER, 'Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010' (2015) 151 *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 350, 354 f.

277 MATHYS (Fn. 275), 150; 'Die Straffreiheit darf ausnahmsweise in die Beurteilung der Täterpersönlichkeit einbezogen werden, wenn sie auf eine aussergewöhnliche Gesetzestreue hinweist. Eine Solche ist wegen der Gefahr ungleicher Behandlung nicht leicht anzunehmen'; see too BGE 136 IV 1, 2, E 2.6.

278 See HANS SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Band II, Bern 1982, 84; GEORGE FLETCHER, Rethinking Criminal Law, New York 2000, 460–466; See also STEFAN TRECHSEL/MARTIN SEELMANN, Art 47, in: Trechsel Stefan/Pieth Marc (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich 2021, N 20: 'Bei der Berücksichtigung dieser Strafzumessungstatsache ist wegen ihrer Ambivalenz grösste Zurückhaltung geboten.'

279 BGer 6B_105/2015, 13 Jan 2016, E 1.3.2: 'Vorstrafen stellen eines von mehreren täterbezogenen Merkmalen dar und steigern das konkrete Tatverschulden nicht'.

This makes it clear that the concern here is not with the purposes of punishment (such as retribution or deterrence) but rather with the *reason* for the imposition of punishment, that is to say on the grounds of culpability for the commission of a criminal offence. The consideration of previous convictions as an aggravating factor seems impossible to reconcile with the legality principle, precisely because in such cases the offender is being punished for reasons unconnected to his or her blameworthiness for the offence at issue. These issues have received little attention in practice and one of the reasons for this might be simply the fact that these practices are so widespread as to be accepted without proper consideration of their lawfulness or legitimacy. In *Achour*, for instance, the applicant expressly accepted that ‘increasing the sentences applicable to recidivists was justified by the greater danger they posed on account of their persistence despite warnings from the courts’.²⁸⁰

This highlights the importance of engagement with the empirical phenomena of criminal justice in order to establish appropriate limits. Equally, the widespread acceptance of sentencing practices which seem difficult to reconcile with legality, demonstrates the importance of clearly defining and explaining the normative standards and the values on which they are based.

D. Conclusions: Trials and Punishment in the Rule of Law

The point of conceptualising criminal trials and punishment is to situate them within a normative framework to allow for explanation, justification and criticism. This can best be achieved by a process of interpretation that combines a normative and a descriptive or empirical analysis of the law. This approach is clearly evident in the case law of the ECtHR which is forced to try and make sense of the empirical phenomena of the criminal justice system and to assess whether they are able to deal with the requirements of fairness and legality and the political and moral demands of the rule of law more broadly. The depth of engagement with the realities of criminal justice is of considerable value to the development of the normative principles and values of the Convention. In particular, it allows for a focus on the importance of limits as well as aims, which have practical and not just theoretical force.

Equally, though, there are certain dangers with this approach. The case law of the ECtHR demonstrates the potential for normative principles to be compromised by acceptance of the need to adapt to the realities of the process of criminal justice, irrespective of whether these are couched in terms of efficiency, effectiveness or in some sort of notion of emerging threats such as terrorism. This underscores the particular importance of clearly explaining the normative stan-

280 *Achour v France* [GC], no 67335/01, ECHR 2006-IV, § 37.

dards governing trials and punishment, the values on which these standards are based and the demands of the rule of law.

Fairness, defined in terms of protecting the right to be heard in adversarial trials, and legality, understood as demanding that punishment only be imposed on culpable individuals for a clearly defined act or omission are of fundamental importance to and can only be properly understood in the context of the rule of law.²⁸¹ In this sense they are clearly tied up with the state's obligation to treat individuals as equals and as autonomous agents able to respond to the law's demands. The ECtHR's case law underlines the importance of the relationship between law and the legal system and to legal adjudication as a process involving independent and impartial courts.²⁸² This emphasises too that punishment will only comply with the notions of fairness and legality if it is imposed within the context demanded by the rule of law. This might seem self-evident. Yet, it is important to consider that currently the vast majority of criminal punishments are imposed in Switzerland by prosecutors in proceedings without any automatic judicial supervision. This poses a real challenge to the idea of the imposition of punishment as a judicial function in the context of the separation of powers and the rule of law.

Of central importance here, too, is recognition of the relationship between the criminal law and the rule of law and in particular to the manner in which the criminal law supports the possibility of the rule of law.²⁸³ The notions of crime and criminal law are omnipresent in the discussion of trials and punishment.²⁸⁴ Why do we regulate criminal trials differently and how does punishment differ from other forms of state-imposed sanctions? This calls attention to the importance of the aims of the criminal law. Chiao explains the issue in the following terms: 'If you think the point of the criminal law is to vindicate a person's natural rights, then you will likely expect a concept of moral wrongdoing to figure prominently in its justification. If, on the other hand, you think the primary job of the criminal law is stabilising cooperation under shared public institutions, then you will likely expect instead an account of the value of shared life under such institutions to take center stage in justifying the criminal law'.²⁸⁵ Unsurprisingly, perhaps, the approach of the ECtHR seems closer to the latter account. The focus is on the process of prosecution and punishment and on the importance of limiting state authority. The limits here are not derived from the aims of punishment or proceedings but are to be seen as a response to the power

281 *Del Río Prada v Spain* [GC], no 42750/09, ECHR 2013, § 77 referring to the fact that the right is non-derogable.

282 *Belilos v Switzerland*, 29 April 1988, Series A No 132, § 64. See also TRECHSEL (Fn. 18), 48.

283 See VINCENT CHIAO, What is the Criminal Law For? *Law and Philosophy*, 35, 2016, 136, 138: 'The criminal law supports the possibility of the rule of law – a collective life under stable public institutions – by providing crucial support to shared attitudes of reciprocity.'

284 For detailed consideration of the importance of definition, see LINDSAY FARMER, *The Obsession with Definition: The Nature of Crime and Critical Legal Theory*, *Social and Legal Studies*, 5, 1996, 57.

285 CHIAO (Fn. 283), 138.

and possibilities of the criminal justice authorities. In this sense, it is essential to carefully consider the nature of criminal justice as a practice in order to ensure the development of effective and appropriate prescriptive principles.

Consideration of the ECtHR's regulation of fairness and legality in the rule of law suggests that these concepts can only be understood in the context of the procedural and institutional setting which they are designed to regulate. The guarantee of fairness has had a substantial impact on the regulation of criminal trials. In the context of legality, and indeed other human rights principles, there is scope for greater consideration and indeed recognition of their potential to act as limits on punishment. Despite scepticism about the role of limits as part of the positive justification of punishment²⁸⁶ or process they are nevertheless of central importance to a proper understanding of fair trials and justified punishment in the rule of law.

Abstract

There can be no denying the influence that the European Convention on Human Rights (ECHR) has had on the practice of criminal law and procedure law. The distinct understanding of trials and punishment being developed by the European Court of Human Rights (ECtHR) is of significance not just because of its contribution to the development of normative, prescriptive principles but also because in developing these principles the ECtHR has been forced to engage deeply with criminal justice as an empirical phenomenon. The vision of criminal justice which is critiqued and legitimised in the case law is rooted in actual practice. In this sense, the foundation of the ECtHR's normative vision differs significantly from other theoretical accounts of criminal law and process, which are sometimes criticised for failing to engage sufficiently with the realities of criminal justice. The ECtHR might be understood as developing of prescriptive principles which are of broad (if not necessarily of 'universal') application, but which are able to take account of the changing regulatory priorities of the modern criminal justice system in seeking explain, legitimize, and justify criminal trials and punishment. Much of the writing on the ECHR and criminal justice focuses on the normative values at stake – values such as legality, liberty, or fairness. This article proceeds on the basis that this focus has overshadowed the importance of the criminal processes themselves in the normative undertaking – notions such as hearings or punishment. A proper understanding of the relevance of the ECHR for the criminal law must take into account the manner in

286 See GARDNER (Fn. 258), xxv; MATT MATRAVERS, *Is Twenty-first Century Punishment Post-desert?*, in: Tony M (ed), *Retributivism has a Past. Has it a Future?*, Oxford 2011, 35; THORBURN (Fn. 156), 25.

which notions such as ‘fair trials’ or ‘justified punishment’ are conceptualised as a whole. This article sets out to examine the importance of the ECHR in criminal law theory and practice. It seeks to make both a methodological argument about theorising about criminal law and procedure and a more substantive point regarding the principles and values underpinning the regulation of criminal trials and punishment in the rule of law.

Zusammenfassung

Der Einfluss, den die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) auf die Praxis des Strafrechts und des Strafverfahrens hat, ist unbestritten. Das vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entwickelte eigenständige Verständnis von Verfahren und Strafen ist nicht nur wegen seines Beitrags zur Entwicklung normativer und präskriptiver Grundsätze von Bedeutung, sondern auch, weil der EGMR bei der Entwicklung dieser Grundsätze gezwungen war, sich eingehend mit der Strafjustiz als empirischem Phänomen zu beschäftigen. Die Vision der Strafjustiz, die in der Rechtsprechung kritisiert und legitimiert wird, ist in der tatsächlichen Praxis verankert. In diesem Sinne unterscheidet sich die Grundlage der normativen Vision des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erheblich von anderen theoretischen Darstellungen des Strafrechts und des Strafverfahrens, die manchmal dafür kritisiert werden, dass sie sich nicht ausreichend mit den Realitäten der Strafjustiz auseinandersetzen. Man kann davon ausgehen, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte präskriptive Prinzipien entwickelt, die weitreichend (wenn auch nicht unbedingt «universell») anwendbar sind, die aber in der Lage sind, den wechselnden regulatorischen Prioritäten des modernen Strafjustizsystems Rechnung zu tragen, wenn es darum geht, Strafprozesse und Strafen zu erklären, zu legitimieren und zu rechtfertigen. Ein Grossteil der Literatur über die EMRK und die Strafjustiz konzentriert sich auf die normativen Werte, die auf dem Spiel stehen – Werte wie Legalität, Freiheit oder Fairness. Dieser Artikel geht davon aus, dass diese Fokussierung die Bedeutung der Strafverfahren selbst für das normative Engagement – Begriffe wie Gerichtsverhandlungen oder Strafe – ausgeblendet hat. Ein angemessenes Verständnis der Bedeutung der EMRK für das Strafrecht muss die Art und Weise berücksichtigen, in der Begriffe wie «fares Verfahren» oder «gerechte Strafe» in ihrer Gesamtheit konzeptualisiert werden. In diesem Artikel soll die Bedeutung der EMRK in der Theorie und Praxis des Strafrechts untersucht werden. Er versucht, sowohl ein methodologisches Argument für die Theoriebildung im Bereich des Strafrechts und des Strafverfahrens vorzubringen als auch ein substantielleres Argument zu den Grundsätzen und Werten zu treffen, die der Regelung von Strafprozessen und strafrechtlichen Sanktionen in einem Rechtsstaat zugrunde liegen.

Résumé

On ne peut nier l'influence que la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) a eue sur la pratique du droit pénal et de la procédure pénale. La compréhension distincte des procès et des peines développée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est importante non seulement en raison de sa contribution au développement de principes normatifs et prescriptifs, mais aussi parce qu'en développant ces principes, la CEDH a été obligée de s'engager profondément dans la justice pénale en tant que phénomène empirique. La vision de la justice pénale qui est critiquée et légitimée dans la jurisprudence est ancrée dans la pratique réelle. En ce sens, le fondement de la vision normative de la Cour européenne des droits de l'homme diffère considérablement d'autres visions théoriques du droit pénal et de la procédure pénale, qui sont parfois critiquées pour ne pas s'engager suffisamment dans les réalités de la justice pénale. La Cour européenne des droits de l'homme peut être considérée comme élaborant des principes prescriptifs d'application large (sans être nécessairement «universelle»), mais capables de tenir compte des priorités réglementaires changeantes du système de justice pénale moderne en cherchant à expliquer, légitimer et justifier les procès et les sanctions pénales. La plupart des écrits sur la CEDH et la justice pénale se concentrent sur les valeurs normatives en jeu – des valeurs telles que la légalité, la liberté ou l'équité. Cet article part du principe que cette focalisation a occulté l'importance des processus criminels eux-mêmes dans l'engagement normatif – des notions telles que les audiences ou la peine. Une bonne compréhension de la pertinence de la CEDH pour le droit pénal doit tenir compte de la manière dont des notions telles que «procès équitable» ou «peine justifiée» sont conceptualisées dans leur ensemble. Cet article se propose d'examiner l'importance de la CEDH dans la théorie et la pratique du droit pénal. Il cherche à présenter à la fois un argument méthodologique sur la théorisation du droit pénal et de la procédure pénale et un argument plus substantiel concernant les principes et les valeurs qui sous-tendent la réglementation des procès pénaux et des sanctions pénales dans l'État de droit.

Literatur

- ALBRECHT PETER, Die Strafzumessung im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, (1991) ZStrR, 108, 1991, 44.
- ALTWICKER TILMANN, Non-Universal Arguments under the European Convention on Human Rights, *European Journal of International Law*, 31, 2020, 101
- BACHMAIER LORENA, The European Court of Human Rights on negotiated justice and coercion, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 26, 2018, 236.
- BAER SUSANNE, The Rule of-and not by any-Law. On Constitutionalism, *Current Legal Problems* 2018, 335.
- BECCARIA CESARE, On Crimes and Punishment (first published 1766; R Bellamy ed; R Davies tr) 5th edn, Cambridge 1995.
- BENN STANLEY I, An approach to the Problems of Punishment, *Philosophy*, 33, 1958, 325.
- BENTHAM JEREMY, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (first published 1789; JH Burns and HLA Hart eds) London 1970.
- BERMAN MTCHELL, Justification and Excuse: Law and Morality, *Duke Law Journal*, 53, 2003, 1
- BOMMER FELIX, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 151, 2015, 350.
- BOMMER FELIX, Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich, *ZSR* 128, 2009 II, 5.
- BRUDNER A, *Punishment and Freedom*, Oxford 2009.
- CARTUYVELS YVES, Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation?, in: Dumont H/Ost F/Van Drooghenbroeck S (eds), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Brussels 2005.
- CHIAO VINCENT, *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, Oxford 2019.
- CHIAO VINCENT, What is the Criminal Law For? *Law and Philosophy*, 35, 2016, 136
- DE LAGASNERIE GEOFFROY, *Judge and Punish: The Penal State on Trial*, Stanford 2018.
- DIGGELMANN OLIVER/PANGRAZZI SARA, Die Kritik an der Rechtsprechung des EGMR in »alten« Demokratien, in: Pöschl M/Wiederin E (Hrsg.), *Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention*, Wien 2020.

- DUFF RA, *The Realm of the Criminal Law*, Oxford, 2018.
- DUFF RA, Towards a Theory of Criminal Law, *Aristotelian Society Supplementary Vol 84*, 2010, 1.
- DUFF RA, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford 2007.
- DUFF RA, *Theorizing Criminal Law: a 25th Anniversary Essay*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 2005, 353.
- DUFF RA/FARMER LINDSEY/MARSHALL SANDRA/TADROS VICTOR, *The Trial on Trial 3: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford 2007.
- FARMER LINDSEY, Punishment in the Rule of Law, in: Meierhenrich J/Loughlin M, *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge 2021.
- FARMER LINDSEY, Crime and Punishment, *Criminal Law and Philosophy*, 14, 2020, 289.
- FARMER LINDSEY, *Making the Modern Criminal Law: Criminalization and Civil Order*, Oxford 2016.
- FARMER LINDSEY, Criminal Wrongs in Historical Perspective, in: DUFF RA/FARMER L/MARSHALL SE/RENZO M/TADROS V (eds), *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford 2011.
- FARMER LINDSEY, The Obsession with Definition: The Nature of Crime and Critical Legal Theory, *Social and Legal Studies*, 5, 1996, 57.
- FASSIN DIDIER, *The Will to Punish*, New York 2018.
- FEINBERG JOEL, The Expressive Function of Punishment, *The Monist*, 49, 1965, 397.
- FLETCHER GEORGE, *Rethinking Criminal Law*, New York 2000.
- FLEW ANTONY, The Justification of Punishment, *Philosophy*, 29, 1954, 291.
- FRASE RICHARD S, Comparative Perspectives on Sentencing Policy and Research, in: Tony M/Frase RS (eds), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, Oxford 2001.
- FROWEIN JOCHEN A/PEUKERT WOLFGANG, *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK Kommentar*, Kehl am Rhein 2022.
- FULLER LON L, *The Morality of Law*, New Haven 1964.
- GARDNER JOHN, Introduction, in: Hart HLA (ed) *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd edn, Oxford 2008, xlix.
- GARLAND DAVID, The Rule of Law, Representational Struggles and the Will to Punish, in D Fassin, *The Will to Punish* (ed C Kutz) New York 2018.

- GEERAETS VINCENT, Two Mistakes about the Concept of Punishment, *Criminal Justice Ethics*, 37, 2018, 21.
- GILLIÉRON GWLADYS/KILLIAS MARTIN, Strafbefehl und Justizirrtum: Franz Riklin hatte Recht, in: Niggli MA/Hurtado Poso J/Queloz N (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich 2007.
- GRABENWARTER CHRISTOPH, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: eine Studie zu Artikel 6 EMRK auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs, Deutschlands und Österreichs, Vienna 1997.
- HANSJAKOB THOMAS, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, *forum-poenale* 2014, 160.
- HART HLA, Prolegomenon to the Principles of Punishment, in Hart HLA (ed), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 2008.
- HELM Rebecca K 'Constrained Waiver of Trial Rights? Incentives to Plead Guilty and the Right to a Fair Trial (2019) 46 *Journal of Law and Society* 423.
- HIRSCH HANS JOACHIM, Gibt es eine nationale unabhängige Strafrecht?, in: Seebode M (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, Berlin 1992.
- JACKSON JOHN/SUMMERS SARAH, Seeking Core Fair Trial Standards across National Boundaries: Judicial Impartiality, the Prosecutorial Role and the Right to Counsel, in: Jackson J/Summers S (eds), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings: Individual Rights and Institutional Forms*, Oxford 2018.
- JACKSON JOHN/SUMMERS SARAH, *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge 2012.
- KANT IMMANUEL, *Groundwork of Metaphysics of Morals* (first published 1785; ed M Gregor and KJ Timmerman), Cambridge 2014
- LACEY NICOLA, Approaching or Rethinking the Realm of Criminal Law, *Criminal Law and Philosophy*, 14, 2020, 307.
- LACEY NICOLA, Populism and the Rule of Law, *Annual Review of Law and Social Science*, 2019, 79.
- LACEY NICOLA, *In Search of Criminal Responsibility: Ideas, Interests, and Institutions*, Oxford 2016.

- LACEY NICOLA/PICKARD HANNA, *The Chimera of Proportionality: Institutionalising Limits of Punishment in Contemporary Social and Political Systems*, *Modern Law Review*, 2015, 216.
- LACEY NICOLA, *Historicising Criminalisation: Conceptual and Empirical Issues*, *Modern Law Review* 72, 2009.
- LACEY NICOLA, *In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and the Social Sciences in Criminal Law Theory*, *Modern Law Review* 64, 2001.
- LIPKE RICHARD, *The Ethics of Plea Bargaining*, New York 2011.
- MACCORMICK NEIL, *Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 10, 1990, 539.
- MAHLMANN MATTHIAS, *Constitutionalism and the Idea of Law*, in: Kassner J/ Starger C (eds), *The Value and Purpose of Law. Essays in Honor of MNS Sellers*, ARSP Beiheft 160, Stuttgart 2019, 187.
- MAHLMANN MATTHIAS, *Human Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders*, in: ROSENFELD M/SÁJO A (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 385.
- MAHLMANN MATTHIAS, *Ethics, Law and the Challenge of Cognitive Science*, *German Law Journal*, 2007, 577.
- MATHYS HANS, *Leitfaden Strafzumessung*, 2. Aufl., Basel 2019.
- MATRAVERS MATT, *Is Twenty-first Century Punishment Post-desert?*, in: Tony M (ed), *Retributivism has a Past. Has it a Future?*, Oxford 2011.
- MCIPHERSON THOMAS, *Punishment: Definition and Justification*, *Analysis* 28, 1967, 21
- MEYER FRANK, *Band X: EMRK*, in: Wolter J (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl., Köln 2019.
- MOORE MICHAEL, *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*, New York 1997.
- NEUMANN ULFRID, *The Deserved Punishment*, in: A du Bois-Pedain (ed), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford 2014, 75.
- NORRIE ALAIN W, *Crime, Reason and History: A Critical Introduction to Criminal Law*, 3rd edn, Cambridge 2014.
- NOSETTI-KAUFMANN ARIANE, *Strafbefehl, abgekürztes Verfahren und fehlende Unmittelbarkeit: Festhalten am Status quo – eine verpasste Chance?* *ZStrR* 138, 2020, 248.
- RAWLS JOHN, *Two Concepts of Rules*, *The Philosophical Review*, 64, 1955.

- RISTROPH ALICE, Responsibility for the Criminal Law, in: Duff RA/Green SA (eds), *Philosophical Foundations of the Criminal Law*, Oxford 2011.
- ROTH ROBERT, Libres propos sur la subsidiarité du droit pénal, in Auer A, Delley J-D, Hottelier M, Malinverni G (eds), *Aux confins du droit: Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Basel 2001.
- SCHÄFER GERHARD/SANDER GÜNTHER M/VAN GEMMEREN GERHARD, *Praxis der Strafzumessung*, 6. Aufl., München 2017.
- SCHUBARTH MARTIN, Zurück zum Grossinquisitor?, Zur rechtsstaatlichen Problematik des Strafbefehls, in: Niggli MA/Hurtado Pozo J/Queloz N (Hrsg.), *Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag*, Zürich 2007, 527.
- SCHULTZ HANS, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Band II, Bern 1982.
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Art 352, in: Donatsch A/Lieber V/Summers S/Wohlers W (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich 2020.
- SPANO ROBERT, Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity, *Human Rights Law Review*, 14, 2014, 487.
- SUMMERS SARAH J, *Sentencing and Human Rights: The Limits on Punishment*, Oxford 2022.
- SUMMERS SARAH J, *Fair Trials: The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford 2007.
- TADROS VICTOR, *The Ends of Harm*, Oxford 2011.
- THOMMEN MARC, *Kurzer Prozess/fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit*, Bern 2013.
- THOMMEN MARC/ESCHLE DAVID, Was tun wir Juristinnen und Juristen eigentlich, wenn wir forschen?, *Klassische Dogmatik versus empirische Rechtsforschung als innovativer Weg*, in: *recht.innovativ*, Meier J/Zurkinden N/Staffler L (Hrsg.), 21. Aperiuz-Band, Zürich 2020.
- THORBURN MALCOLM, *Criminal Law as Public Law*, in: Duff RA/Green S (eds), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford 2011.
- TRECHSEL STEFAN/SEELMANN MARTIN, Art 47, in: Trechsel S/Pieth M, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 4. Aufl., Zürich 2021.
- TRECHSEL STEFAN, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2005.
- TULKENS FRANÇOISE, The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights, *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, 577.

VAN ZYL SMIT DIRK AND ASHWORTH ANDREW, Disproportionate Sentences as Human Rights Violations, *Modern Law Review*, 67, 2004, 541.

VON HIRSCH ANDREAS, *Doing Justice: The Choice of Punishments*, New York 1976.

WALDRON JEREMY, How Law Protects Dignity, *Cambridge Law Journal*, 71, 2012, 200.

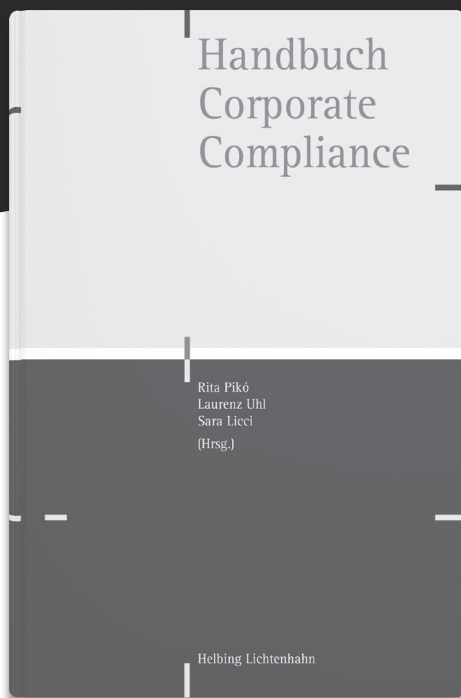
WELZEL HANS, *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, 11. Aufl., Berlin 1969.

WIPRÄCHTIGER HANS/KELLER STEFAN, Art 47, in: Niggli MA/Wiprächtiger H (Hrsg.), *Basler Kommentar: Strafrecht I*, 4. Aufl., Basel 2019.

ZAIBERT LEO, *Punishment and Retribution*, London 2006.

ZAIBERT LEO, *Rethinking Punishment*, Cambridge 2018.

Corporate Compliance



1.
Auflage

- + Verfasst von über 60 Expertinnen und Experten aus unterschiedlichen Branchen
- + Mit Beispielen, Mustern und Checklisten
- + Berücksichtigt anstehende Gesetzesänderungen

Rita Pikó
Laurenz Uhl
Sara Licci (Hrsg.)

2022
2176 Seiten, gebunden
CHF 468.–
Erscheinungstermin
August 2022
ISBN 978-3-7190-4400-8

➤ **Vertiefte Informationen**
www.helbing.ch/4400



Helbing
Lichtenhahn

Relevanz im Recht.

Beraten und Prozessieren mit Erfolg



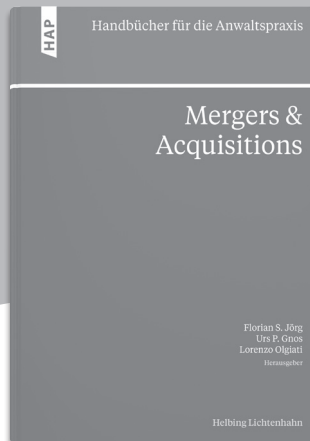
Interne Untersuchungen

- ⊕ Neues Referenzwerk zu einem Bereich, der in der Schweiz in den letzten Jahren stark an Bedeutung gewonnen hat
- ⊕ Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung und Gesetzesentwicklung (insbesondere das revidierte DSG)
- ⊕ Zahlreiche Hinweise auf wichtige Aspekte und Fallstricke, Rechtsprechung, Checklisten, Musterklauseln D/E sowie Praxisbeispiele

Claudio Bazzani
Reto Ferrari-Visca
Simone Nadelhofer (Hrsg.)

2022
912 Seiten, gebunden
CHF 298.-
ISBN 978-3-7190-4280-6

➤ **Bestellung**
www.helbing.ch/4280



Mergers & Acquisitions

- ⊕ Umfassende Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen und praktischen Fragestellungen bei M&A Transaktionen
- ⊕ Mitberücksichtigung folgender Bereiche: Transaktionsberatung, M&A-Versicherung sowie Kartell-, Steuer und Prozess- und Arbeitsrecht
- ⊕ Zahlreiche Hinweise auf wichtige Aspekte und Fallstricke, Rechtsprechung, Checklisten, Musterklauseln D/E sowie Praxisbeispiele

Florian S. Jörg
Urs P. Gnos
Lorenzo Olgiati (Hrsg.)

2022
ca. 700 Seiten, gebunden
ca. CHF 248.-
Erscheinungstermin Herbst 2022
ISBN 978-3-7190-4422-0

➤ **Bestellung**
www.helbing.ch/4422