



OBSERVATIONS ÉCRITES

*soumises à la Cour européenne des droits de l'homme
en tierce intervention dans l'affaire*

Khaled Saleh Mohammed AL-ANESI against the Netherlands
(Affaire n° 7481/23)

Grégor Puppink, Directeur,

Octobre 2025

1. En réponse à sa demande d'intervention, la présidente de la Section a autorisé l'ECLJ à intervenir en prescrivant que « *Your observations shall be limited to Article 8 of the Convention and the interests of children (born out of a polygamous marriage) in family reunification proceedings.* » Nous veillerons donc à demeurer dans ces limites et prendrons soin, dans ces observations, de ne pas évoquer directement les faits en cause dans la présente affaire, ni à nous prononcer sur son bien-fondé. Ainsi, nous n'évoquerons pas les éléments matériels permettant d'apprécier la nature de l'intérêt supérieur des enfants en cause. Nous resterons donc sur le plan des principes généraux soulevés par cette affaire. L'ECLJ précise en outre agir de façon indépendante, non rémunérée, de sa propre initiative, et n'avoir aucune relation avec les parties.
2. La Cour a peu de jurisprudence relative à la polygamie, alors que cette problématique est devenue fréquente en Europe. Saisie de ce sujet, la Cour n'a pas rejeté d'emblée la requête au motif qu'elle serait manifestement irrecevable, mais a décidé au contraire de la communiquer à l'État défendeur, ce qui indique que cette requête présente un intérêt pour la Cour, et qu'elle y voit un risque de violation.
3. La question soulevée par cette affaire pose des difficultés sérieuses au regard de l'interprétation de la Convention, et s'inscrit dans le contexte du consensus croissant en Europe hostile à l'immigration, en particulier islamique, et de la lettre ouverte de 10 Etats parties à la Convention demandant à la Cour d'interpréter la Convention, et en particulier son article 8, de façon moins favorable à l'immigration (lettre du 22 mai 2025).
4. Dans ce contexte, il est évident qu'une décision qui pourrait être interprétée comme favorable à la polygamie serait très mal perçue en Europe. Il s'agit donc d'une question délicate, relativement nouvelle pour la Cour, qui revêt une importance certaine, et pourrait par conséquent mériter un dessaisissement de la chambre au profit de la Grande chambre.
5. La présente requête ne porte pas seulement sur l'appréciation de l'intérêt supérieur des enfants à vivre avec leur père. Elle porte aussi sur l'importance à accorder, dans cette appréciation, au fait que ces enfants sont membres d'une famille polygame, alors que la polygamie est contraire à l'ordre public du pays de destination.
6. Si la requête pouvait se résumer à la seule appréciation de l'intérêt supérieur des enfants, elle serait simple à trancher. Cela impliquerait toutefois d'estimer que la polygamie des parents de ces enfants ne constitue pas un obstacle dirimant au regroupement familial, et que ce fait peut donc être ignoré en l'espèce.

Trois options s'offrent à la Cour, que nous examinerons successivement :

- Première option : le contournement de la question de la polygamie ;
- Deuxième option : accorder une importance prépondérante à l'interdiction d'ordre public de la polygamie ;
- Troisième option : exclure la polygamie de la notion de « vie familiale » au sens de la Convention.

1. Première option : le contournement de la question de la polygamie

7. *A priori*, le plus simple pour la Cour serait de contourner la question de l'interdiction de la polygamie au motif qu'elle ne serait pas directement en cause en l'espèce. La Cour pourrait alors se concentrer sur la seule situation des enfants, et juger à l'aune de leur intérêt supérieur s'il était légitime de refuser le regroupement familial. La logique du système de la Convention et de la jurisprudence de la Cour semble conduire à une telle approche.

La polygamie comme forme légitime de « vie familiale » au sens de la Convention

8. Au fil de sa jurisprudence, la cour a « dilué » la famille pour en faire une réalité subjective pouvant exister sans mariage, ni enfant, ni altérité sexuelle, ni durée minimale, ni même résidence commune.
9. Après-guerre, pourtant, les rédacteurs de la Déclaration universelle et de la Convention européenne avaient à cœur de reconnaître les familles comme réalités naturelles enracinées dans la chair, le temps et l'espace, et de les protéger de l'État, car l'intégrité et la vitalité des familles est la condition d'une société saine, libre et équilibrée.
10. La famille, telle qu'elle est définie et protégée après-guerre, n'est pas réductible à la volonté du couple, et encore moins aux sentiments : elle est la réalité naturelle constitutive de la société. En témoigne l'absence de tout droit au divorce dans les déclarations d'après-guerre¹, à la différence de la philosophie des droits de l'homme de 1789. Telle fut l'intention des rédacteurs de la Déclaration universelle et de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette compréhension naturelle de la famille demeure très largement majoritaire dans le monde, parmi les peuples en croissance démographique.
11. Alors que le droit a toujours ignoré les liens sentimentaux au profit de ceux du mariage, il a entrepris, de façon idéaliste, d'en faire la consistance essentielle de la famille. Au passage, celle-ci a été à son tour subjectivée en « vie familiale ». Initialement, la Convention protégeait la vie familiale comprise comme vie de la famille. Aujourd'hui, la vie familiale peut exister sans famille : elle désigne simplement l'affection que se portent plusieurs personnes et qui mériterait d'être reconnue et protégée par la société.
12. Alors que la vie familiale supposait initialement « l'existence d'une famille »² fondée sur le mariage ou résultant d'une filiation³, même naturelle⁴, la Cour lui a progressivement retiré sa consistance objective pour la reconnaître dès lors qu'existent des « liens personnels étroits »⁵ ou « des liens personnels effectifs »⁶ entre adultes et enfants en l'absence de liens biologiques ou juridiques, ou entre deux adultes quels que soient leurs sexes⁷, en l'absence de mariage, de

¹ Cela tient au fait que de nombreux pays ayant participé à la rédaction de ces textes ne l'autorisaient pas.

² CEDH, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, 13 juin 1979, § 31.

³ CEDH, *Johnston c. Irlande*, n° 9697/82, 18 déc. 1986 ; CEDH, *Keegan c. Irlande*, n° 16969/90, 26 mai 1994.

⁴ CEDH, *Nylund c. Finlande*, n° 27110/95, 29 juin 1999.

⁵ *Marckx c. Belgique*, 1979, précité, § 31.

⁶ CEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janv. 2017, § 148.

⁷ CEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, 24 juin 2010, § 94. La Cour estime « qu'il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8 » et que « en conséquence la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation ».

contrat d'union civile, d'enfant, et même de cohabitation⁸. Il suffit à plusieurs personnes de déclarer entretenir une relation affective ou sexuelle pour bénéficier de la reconnaissance et de la protection accordée par la société aux familles (sauf entre sœurs).

13. Cette destruction du caractère institutionnel de la famille naturelle est le préalable à la reconnaissance d'autres types de relations.
14. Selon la CEDH, les États devraient ainsi accepter « l'idée selon laquelle il y a plus d'une voie ou d'un choix possible en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale »⁹, et 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 adopter »¹⁰. Plus encore, les États devraient tenir « compte de l'évolution de la société ainsi que des changements qui se font jour dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil et celles d'ordre relationnel »¹¹. En conséquence, les États auraient l'obligation de reconnaître les « relations familiales atypiques », notamment celles qui « ne s'inscrivent pas dans le cadre classique des rapports parent-enfant reposant sur un lien biologique direct ». Il s'agirait en particulier d'accepter le « rapport familial fondé non sur les liens du sang mais sur un engagement et qui se juxtapose ou se substitue aux relations découlant de la filiation parentale »¹².
15. De même, la Cour interaméricaine des droits de l'homme entend aussi combattre les « stéréotypes » imposant une conception « traditionnelle et normale de la famille », qu'il s'agisse de la sexualité ou du rôle des femmes dans l'éducation des enfants¹³.
16. Ce discours libéral sur la famille devrait conduire la Cour à condamner les États déniaient la légitimité des familles polygames à mener une « vie familiale ».

La situation des enfants issus de familles polygames

17. La Cour a déjà jugé que la circonstance qu'un enfant naisse à l'étranger, conformément au droit local, ne fait pas obstacle à la reconnaissance de cette naissance dans un pays où les modalités de celle-ci sont pourtant contraires à l'ordre public.
18. La Cour a ainsi jugé que la France ne peut invoquer l'interdiction d'ordre public de la gestation par autrui pour refuser la transcription de l'état civil des enfants ainsi nés à l'étranger, à l'égard de leur parent biologique. L'intérêt supérieur de l'enfant doit alors primer¹⁴. Il n'est pas responsable des circonstances de sa naissances. Dans l'affaire *Mennesson*, par exemple, la Cour a condamné la France, l'obligeant à reconnaître le lien de filiation, tout en admettant par ailleurs qu'elle peut interdire la gestation par autrui (§§ 62, 79 et 99), mais sans que cela n'affecte l'intérêt des enfants.
19. *Mutatis mutandis*, la Cour pourrait prétendre défendre l'intérêt supérieur des enfants issus de familles polygales à venir vivre dans un pays européen, sans mettre en cause frontalement l'interdiction d'ordre public de la polygamie dans ce même pays. La Cour s'exposerait alors à

⁸ CEDH, *Vallianatos c. Grèce* [GC], n° 29381/09 et 32684/09, 7 nov. 2013, § 73.

⁹ *Ibid.*, § 84.

¹⁰ CEDH, *Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03, 13 déc. 2007, § 82.

¹¹ *Ibid.*

¹² CEDH, *S.H. et autres c. Autriche*, n° 57813/00, 1^{er} avril 2010, § 81. Cet arrêt a été par la suite renversé par la Grande Chambre qui a modéré son propos.

¹³ Cour IADH, *Atala Riffo et filles c. Chili*, 24 février 2012, Série C N° 239.

¹⁴ *Mennesson c. France*, 2014, § 84 ; *Labassee c. France*, 2014 ; *D. et autres c. Belgique* (déc.), 2014 ; *Foulon et Bouvet c. France*, 2016, §§ 55-58 ; *C c. Italie*, 2023 ; *R.F. et autres c. Allemagne*, 2024.

la même critique que celle qui lui a été adressée en matière de gestation par autrui : vider l'interdit de sa substance, et accroître ainsi la portée du droit au regroupement familial à des situations contraires à l'ordre public.

20. Dans ce cas, après avoir ainsi contourné et neutralisé l'ordre public national, la Cour procéderait alors à une simple évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de regroupement familial, suivant sa méthode usuelle (*Jeunesse c. Pays-Bas* [GC], 2014).

Une acceptation implicite de la polygamie

21. Le fait de se concentrer uniquement sur la situation des enfants permet de fermer les yeux sur la polygamie, mais implique l'acceptation qu'elle ne constitue pas, *en soi*, un obstacle dirimant au regroupement familial.
22. Une telle approche fermerait aussi les yeux sur l'utilisation des droits de l'homme et du système de la Convention pour contourner l'interdiction d'ordre public de la polygamie. En effet, juger seulement à la lumière de l'intérêt supérieur des enfants permet d'ignorer le processus plus large dans lequel s'inscrit de telles affaires, car si des enfants membres de familles polygames étrangères sont autorisés à émigrer en Europe, il ne fait aucun doute que leurs mères suivront rapidement. Les enfants pourront alors en effet demander le regroupement familial de leurs mères respectives, indépendamment de la situation maritale de celles-ci. Une telle procédure ne peut être ignorée ; elle est d'ailleurs évoquée explicitement dans les observations des parties. Dans ce cas, la polygamie ne fait pas obstacle au regroupement familial, car la réunion de la famille n'est pas demandée par l'homme à l'égard de ses épouses, mais par l'enfant à l'égard de sa mère. Il pourrait donc aussi être reproché à une telle approche de permettre, *in fine*, l'immigration de familles polygames en Europe, malgré son interdiction.
23. Il est facile, pour répondre à cette objection, de souligner que la Cour n'est saisie que du cas d'enfants précis, et qu'elle ne peut rendre un jugement à leur égard en fonction d'un risque futur, d'autant plus que le fait envisagé serait légal. Une approche réaliste, qui tend à répondre aux stratégies judiciaires d'immigration et de contournement du droit national, relève davantage de la compétence des responsables politiques. Mais la difficulté consiste précisément dans le fait que les situations familiales résultant de ce choix politique peuvent être analysées comme des violations des droits de l'homme. Dit simplement, il peut être reproché aux droits de l'homme d'empêcher la mise en œuvre effective d'une solution politique à un problème politique.
24. Une fois encore, nous sommes en présence d'une affaire contestant la légitimité d'un bien commun immatériel (le choix culturel européen contre la polygamie) au moyen des droits individuels de personnes, qui plus est, étrangères à ce choix. L'expérience prouve que la pensée des droits de l'homme peine à reconnaître la valeur de tels biens communs immatériels. Il est aisé d'opposer des biens communs matériels, telles que la sécurité ou la santé, comme limites aux droits subjectifs, mais la défense de la culture et le refus de l'islamisation des mœurs ne sont pas des motifs légitimes au regard des droits de l'homme pour limiter les droits des étrangers. L'affaire *S.A.S. c France* (2014)¹⁵ a montré toute la difficulté de justifier un choix culturel exclusif – à savoir l'interdiction du port du voile intégral – dans le référentiel de la Convention. Pour y parvenir, la Cour a dû rattacher de façon extensive le « respect des exigences minimales de la vie en société » invoqué par la France, c'est-à-dire le respect des

¹⁵ CEDH, *S.A.S. c France* (GC), n°43835/11, 1^{er} juillet 2014.

mœurs occidentales, au but légitime que constitue la « protection des droits et libertés d'autrui ». La Cour a admis cet argument, mais non sans avoir au préalable « soulign[é] toutefois que, dans sa différence, [le port du voile intégral] est l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit » (§120). C'est dire si la Cour a rechigné à suivre le Gouvernement français, tant l'approche civilisationnelle lui est foncièrement étrangère.

25. La logique des droits de l'homme semble devoir conduire inexorablement à la dilution des normes culturelles traditionnelles européennes sous l'effet de l'affirmation de droits individuels, fussent-ils les véhicules d'autres normes traditionnelles étrangères. Le requérant semble l'avoir très bien compris puisqu'il parvient parfaitement à utiliser la logique universaliste et abstraite des droits de l'homme contre le principe culturel européen de la monogamie.
26. Après avoir renoncé à l'indissolubilité et à l'hétérosexualité du mariage, au nom de la liberté individuelle, l'Europe va-t-elle aussi renoncer à son caractère monogame, les mêmes causes produisant les mêmes effets ? L'effet conjugué de l'immigration et de l'individualisme libéral pourrait y conduire. Le phénomène des « familles recomposées », désignées parfois de « tribus », résultant de l'instabilité conjugale croissante en Europe n'est-il pas similaire à certains égards à celui des familles polygames, puisqu'il peut faire cohabiter sous un même toit les enfants de plusieurs épouses (successives) d'un même père ?
27. La question se pose de savoir si la Cour est en mesure de s'extraire de cette logique, et de faire place dans son raisonnement à la valeur intrinsèque de la monogamie, comme motif justifiant le refus de la polygamie. Reconnaître la valeur intrinsèque de la monogamie implique la capacité d'opposer une valeur de nature culturelle, fondée dans le droit naturel, à un droit subjectif individuel. Cela implique de renoncer à une forme de relativisme en matière de valeurs familiales, et de reconnaître que des biens communs protégés par la Convention (comme limites légitimes aux libertés individuelles) peuvent être de nature immatérielle : culturelle et morale.
28. Faire coexister dans un même raisonnement le relativisme libéral et le refus de la différence culturelle (la polygamie), comme dans l'affaire *S.A.S.*, serait fragile, voire hypocrite.

2. Deuxième option : accorder une importance prépondérante à l'interdiction d'ordre public de la polygamie

29. Une autre approche consisterait à admettre que les membres d'une famille polygame forment effectivement une vie familiale au sens de la Convention, ce qui paraît évident du fait de l'existence de liens biologiques, mais d'accorder une importance prépondérante à l'interdiction d'ordre public de la polygamie dans la prise en compte des intérêts concurrents en jeu. Cela suppose d'accepter qu'une considération morale sur la famille puisse légitimement limiter les droits individuels, et prévaloir sur l'intérêt d'enfants à émigrer en Europe.
30. Le choix éventuel pour la Cour d'accorder du poids à l'interdiction d'ordre public de la polygamie dans la prise en compte des intérêts concurrents nécessite toutefois une justification.

Il serait en effet navrant que l'acceptation du refus de la polygamie ne soit justifiée que par une révérence silencieuse du juge envers l'affirmation politique d'un ordre public.

31. **Mais comment justifier le refus moral de la polygamie** dans le référentiel individualiste et libéral des droits de l'homme contemporains ? Cela paraît difficile car justifier le refus de la polygamie implique la reconnaissance et l'affirmation de formes morales et immorales de vie familiale, c'est-à-dire d'une moralité sexuelle et familiale. Sur quelle base ? La reconnaissance de la liberté de religion ne devrait-elle pas faire obstacle à un jugement moral dépréciatif de la part de l'État sur ce mode de vie, car le mariage et la polygamie sont aussi des pratiques religieuses prévues et permises notamment dans le Coran et dans le Livre de Mormon.
32. L'argument invoqué par l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme, relatif « au bien-être économique du pays au sens du second paragraphe de l'article 8 en tant que mesure légitime de contrôle de l'immigration » n'est pas convaincant¹⁶. Il est même révélateur de la faiblesse au système de la convention sur le plan culturel.
33. Il en est même de l'argument relatif à la « protection des droits et libertés d'autrui ». Dans l'affaire *S.A.S.*, la référence à la protection de la morale aurait été plus adaptée, puisque l'interdiction du voile islamique, comme celle de la polygamie, est une question de morale, c'est-à-dire relative au *bien*, à ce qui est *bon* pour la société.

L'égalité des sexes

34. Les pays européens et des instances onusiennes invoquent l'égalité des sexes à l'appui de l'interdiction de la polygamie et du mariage des jeunes filles. Cet argument est parfaitement légitime en principe, et la Cour s'est engagée de façon militante dans la lutte contre les stéréotypes liés au sexe. La Cour européenne a déjà jugé que « la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important » et exige pour cela l'abandon « des traditions qui trouvent leur origine dans l'idée que l'homme joue un rôle primordial et la femme un rôle secondaire dans la famille »¹⁷. Les instances onusiennes vont dans le même sens, cherchant à instaurer une « égalité de droit et de fait »¹⁸, à lutter contre le « patriarcat »¹⁹ et « les valeurs et traditions du passé »²⁰.
35. Pour le Conseil de l'Europe, il faut « éradiquer les préjugés, les coutumes, les traditions et toute autre pratique fondés sur l'idée de l'infériorité des femmes ou sur un rôle stéréotypé des femmes et des hommes »²¹. Par exemple, cela conduit la CEDH à condamner l'usage systématique du nom patronymique estimant « que la tradition de manifester l'unité de la famille à travers l'attribution à tous ses membres du nom de l'époux ne pouvait justifier une discrimination envers les femmes »²². Elle condamne ainsi les « stéréotypes liés au sexe - telle l'idée que ce

¹⁶ *E.A. and A.A. v. the Netherlands* (dec.), no. 14501/89, 6 January 1992.

¹⁷ CEDH, *Konstantin Markin c. Russie* [GC], 2012, précité, § 127.

¹⁸ ONU, Comité des Droits de l'Enfant, Observations finales concernant le deuxième rapport périodique du Saint-Siège, (2014, CRC/C/VAT/CO/2).

¹⁹ Voir notamment ONU, Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant le deuxième rapport périodique du Koweït*, (2013, CRC/C/KWT/CO/2), § 29.

²⁰ ONU, Rapport du Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Treizième session, (1994, A/49/38), p. 9.

²¹ Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 2011, article 12.

²² CEDH, *Cusan et Fazzo c. Italie*, n° 77/07, 7 janv. 2014.

sont plutôt les femmes qui s'occupent des enfants et plutôt les hommes qui travaillent pour gagner de l'argent »²³. Au-delà, ce sont toutes les différences sociales et culturelles liées au sexe, c'est-à-dire le « genre »²⁴, qu'il conviendrait de déconstruire.

36. Pourtant, n'est-il pas incohérent de refuser la polygamie au nom du respect de l'égalité entre les sexes tout en demandant simultanément à l'homme de choisir l'une de ses femmes et leurs enfants, et de laisser les autres hors d'Europe ? N'est-il pas également contraire à l'égalité que de suggérer à l'homme, comme cela a été fait en l'espèce, de choisir une femme légale parmi ses épouses et de divorcer unilatéralement des autres, laissant ainsi les autres en situation de plus grande précarité ?

La primauté de l'autonomie sur l'égalité ?

37. Mais quelle est la valeur de l'argument relatif à l'égalité des sexes lorsque les épouses sont majeures et affirment avoir librement consenti à cette situation ? Ou lorsqu'un tel mariage les a fait échapper à la misère ? Comment les autorités nationales et la Cour pourraient-elles présumer que les épouses dans un mariage polygame ne sont *jamais* consentantes ? Et comment pourraient-elles opposer cette présomption à ces femmes pour leur dénier la faculté de procéder au regroupement familial, qui consiste précisément à rejoindre leur mari ? Si les femmes n'étaient pas consentantes, elles profiteraient des circonstances pour demeurer séparées de leur époux.
38. La Cour a déjà eu l'occasion de contester cette présomption. Dans l'affaire *S.A.S. c. France*, concernant l'interdiction du port du voile islamique intégral, la Cour a estimé, contre l'avis du Gouvernement français,
- « qu'un État partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes – telle la requérante – revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent ces dispositions, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux. » (§ 119)
- Pourquoi cette affirmation ne s'appliquerait pas aussi, *mutatis mutandis*, à la polygamie ?

39. L'autonomie individuelle n'est-elle pas supérieure aux autres valeurs, et même à une conception objective de la dignité ? N'est-ce pas « un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »²⁵ Pourquoi le principe d'autonomie individuelle ne pourrait pas justifier la polygamie alors qu'il justifie, aux yeux de la Cour, la soumission de femmes à des violences sadomasochistes, au motif qu'un « droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti »²⁶ ? Dans une société démocratique, selon la Cour, on ne peut trouver dans les objectifs de protection de la santé, de la morale et de l'ordre un motif d'interdire telle ou telle forme de sexualité ou de violence consenties, même extrêmes. La Cour

²³ CEDH, *Konstantin Markin c. Russie* [GC], 2012, précité, § 143.

²⁴ D'après la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée en 2011, le genre « désigne les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes » (art.3).

²⁵ CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 2002, § 61.

²⁶ CEDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 2005, § 85.

souligne que « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour la personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens d'opérer des choix concernant son propre corps »²⁷. Il en résulte, pour la Cour, « que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus »²⁸ ; la seule limite à cette liberté est le respect non pas du corps des personnes, qui peut être violenté, mais de leur volonté.

40. En ce sens, dans l'affaire *M.A. et autres contre France*²⁹, des personnes prostituées soutenues par 56 organisations libérales tiers-intervenantes ont invoqué le respect de leur autonomie individuelle, c'est-à-dire de la primauté de la liberté subjective sur la dignité objective, pour demander une forme de dépénalisation de la prostitution. La Cour ne s'est pas laissée convaincre, mais elle a toutefois montré sa gêne en précisant refuser d'« entrer dans le débat » sur « la question de savoir si la prostitution peut être librement consentie ou provient toujours d'une contrainte, ne serait-ce que celle résultant des conditions socioéconomiques ». La Cour a ainsi choisi de laisser une porte ouverte pour l'avenir. Son jugement se termine par une demande aux autorités françaises de rester ouvertes à « nuancer [leur approche] en fonction de l'évolution des sociétés européennes et des normes internationales dans ce domaine ».
41. Ici encore, nous nous trouvons face à une contradiction entre un argument d'ordre général et la situation précise. Une fois encore, le refus occidental de la polygamie est d'ordre culturel ; c'est un choix de valeur qui doit être assumé comme tel. La pensée libérale et individualiste n'offre pas de base solide pour justifier ce refus. Preuve en est que cette même pensée libérale et individualiste a généré la notion de « polyamour » qui est la version occidentale de la polygamie.

Comment justifier le refus du principe même de la « polygamie consentie entre adultes » ?

42. La Cour peut-elle trouver dans sa philosophie du droit un fondement solide justifiant le refus du principe même de la « polygamie consentie entre adultes » ?
- Sur les questions de mœurs et de vie familiale, la Cour prend généralement soin de statuer « indépendamment de toute considération éthique »³⁰ comme si elle faisait ainsi preuve d'une plus grande neutralité, comme si la moralité n'était pas objective. La Cour européenne a ainsi jugé « que des considérations d'ordre moral ou tenant à l'acceptabilité sociale [de pratiques familiales relevant de l'article 8] ne sauraient justifier à elles seules l'interdiction totale de [cette pratique], en l'occurrence le don d'ovules »³¹. Ce n'est pas seulement la morale, mais ce sont, selon la Cour, toutes les « attitudes négatives, les références aux traditions ou des présupposés d'ordre général dans un pays particulier [qui] ne peuvent pas être en eux-mêmes considérés

²⁷ *Ibid.*, § 83.

²⁸ *Ibid.*, § 84.

²⁹ CEDH, *M. A. et autres contre France*, n° 63664/19, 25 juillet 2024

³⁰ CEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, 27 janv. 2015, § 76. Cet arrêt a heureusement été renversé par la Grande Chambre.

³¹ *S.H. et autres c. Autriche*, 2010, précité, § 74. Cet arrêt a ensuite été renversé par la Grande Chambre qui a conclu finalement à l'absence de violation. Il en sera question plus loin.

comme justifiant un traitement différencié »³². Cette approche de principe, qui ignore la morale naturelle objective, pourrait parfaitement s'appliquer aussi en l'espèce. Cela devrait logiquement conduire la Cour à protéger la polygamie consentie entre adultes, ou, au moins, à refuser que son interdiction ait un poids prépondérant dans l'appréciation des intérêts concurrents en matière de regroupement familial.

43. À défaut de philosophie morale, la Cour pourrait avoir recours à la sociologie pour démontrer empiriquement les conséquences structurellement néfastes de la polygamie sur les épouses et les enfants qui en sont issus. Les études et arguments scientifiques ne manquent pas. Il est ainsi établi que les enfants élevés au sein de familles polygames ont un risque accru de détresse psychologique³³ et de difficultés sociales et scolaires³⁴ par rapport aux enfants issus de familles monogames. Mais des conséquences néfastes similaires s'observent aussi sur les enfants et les femmes après un divorce, et en situation de « familles recomposées ».
44. Le refus de la polygamie est profondément ancré dans la culture européenne, et trouve une source dans les sociétés antiques grecques et romaines. Le mariage devait être monogame même si l'époux pouvait s'entourer de concubines et d'esclaves. Le refus strict de la polygamie est un apport culturel essentiel spécifiquement chrétien, et résulte d'un enseignement explicite du Christ. Il repose sur la conviction que par le mariage les deux époux s'unissent et ne forment qu'une seule chair. C'est pour cette raison que le mariage chrétien est aussi indissoluble. La monogamie, à l'instar de la fidélité conjugale, demande un effort. Mais cet effort n'est autre que celui de la civilisation qui distingue l'homme de l'animal. L'effort nécessaire pour dépasser la tendance à la polygamie et à l'infidélité doit être soutenu par la loi, c'est pourquoi il est légitime d'interdire la polygamie, et de veiller à ce que cette interdiction soit effective y compris à l'égard des personnes étrangères.
45. Le mariage chrétien a démontré sa puissance civilisatrice à travers les siècles. C'est sur lui qu'a reposé la société. Et sa destruction actuelle entraîne celle de la civilisation qu'il a contribué à élever. La polygamie a longtemps été acceptée et pratiquée dans la tradition juive. Elle le demeure largement en Afrique et dans les pays musulmans. En Chine, au Japon, et en Corée, le système des concubines n'a été aboli qu'après la Seconde Guerre mondiale, sous l'influence occidentale.
46. La monogamie est une tradition de la civilisation chrétienne. Durant toute la durée des négociations qui aboutirent à la signature à Londres, le 5 mai 1949, du Statut fondateur du Conseil de l'Europe, les États discutèrent de la mention du christianisme et de la religion dans le préambule. Dans une première version du Statut, inspirée du Congrès de La Haye, les gouvernements déclaraient, dès la première phrase, fonder le Conseil de l'Europe « Forts du commun attachement de leurs peuples aux libertés individuelles garanties par les traditions de leur civilisation chrétienne et par leurs institutions politiques... »³⁵. Cette mention fut remplacée par une référence aux « valeurs religieuses et morales » puis, finalement, aux simples

³² CEDH, *Konstantin Markin c. Russie* [GC], n° 30078/06, 22 mars 2012, § 127.

³³ Bahari, I.S. et al. (2021), *Psychological impact of polygamous marriage on women and children*.

³⁴ Al-Sharfi, M. et al. (2016), *The effects of polygamy on children and adolescents*

³⁵ Sous-comité n°1, Proposition du 4 avril 1949. Archives du Ministère français des Affaires Etrangères, Europe 1944-1949, Série Z, carton 547, dossier 15.

« valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples »³⁶. Le fondement de l'unité européenne fut ainsi dématérialisé : de politico-religieux, enraciné dans l'histoire et la géographie, il est devenu indéfini. De même, la suggestion de mentionner « la charité » et « la dignité et la valeur de la personne humaine »³⁷, parmi les valeurs fondatrices du Conseil de l'Europe, n'aboutit pas. Finalement, les seules valeurs explicitement reconnues dans le préambule, sont celles, toutes libérales et universalistes, de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit.

47. Le préambule de la directive 2003/86/CE sur le droit au regroupement familial, dans son considérant 11, tente aussi timidement de faire référence aux valeurs, lorsqu'il reconnaît « le nécessaire respect des valeurs et principes recommandés par les États membres, s'agissant notamment des droits des femmes et des enfants (...) de ménages polygames ».
48. Le refus de la polygamie est une question de valeurs et non de droit. C'est un choix culturel fondamental, duquel découle le droit, et non l'inverse. Il est donc difficile de le défendre juridiquement sans assumer explicitement ce choix de valeurs. Cela est d'autant plus difficile dans le contexte des droits de l'homme dont l'individualisme libéral peut être invoqué au soutien de cette pratique.
49. Au-delà, comment justifier qu'une prise en compte de l'interdit de la polygamie puisse être *prépondérante* ? Elle ne peut l'être que si le juge reconnaît que le refus de la polygamie vise à protéger un bien d'importance majeure, c'est-à-dire un bien commun culturel.

3. Troisième option : exclure la polygamie de la notion de « vie familiale » au sens de la Convention

50. La solution la plus radicale consisterait à juger que la notion de « vie familiale » au sens de la Convention ne s'applique pas en présence d'une famille polygame. Une telle solution irait à rebours de la jurisprudence de l'ancienne Commission et de la Cour, et ne pourrait se fonder que sur une interprétation combinée et littérale des articles 8 et 12 de la Convention, en ayant recours à ses travaux préparatoires. En effet, dans une version antérieure du projet de Convention, ces deux dispositions ainsi que le droit des parents en matière d'éducation de leurs enfants, formaient une seule et unique disposition intitulée « libertés familiales ». Cette disposition protégeait le droit de se marier et de fonder une famille, « *le caractère sacré du foyer* » ainsi que les « *droits naturels qui découlent du mariage et de la paternité* »³⁸ contre

³⁶ Le Rapport final de la Conférence préparatoire sur la création d'un Conseil de l'Europe indique que les gouvernements de Belgique, d'Irlande, du Luxembourg et des Pays-Bas étaient favorables à une référence explicite aux valeurs religieuses ou chrétiennes. Étonnamment, le représentant du gouvernement italien, alors présidé par Alcide De Gasperi, proposa un texte sans mention du christianisme ni de la religion. Cf. Archives du Ministère français des Affaires Étrangères, Europe 1944-1949.

³⁷ Références proposées par l'Irlande durant la Conférence préparatoire sur la création d'un Conseil de l'Europe, Compte-rendu de la 5^e séance, 6 avril 1949. Archives du Ministère français des Affaires Étrangères, Europe 1944-1949, dossier 16.

³⁸ Voir la proposition du Mouvement européen qui inspira beaucoup l'Assemblée du Conseil de l'Europe dans la rédaction de la Convention ; Travaux préparatoires de l'article 8, 9 août 1956, doc. DH (56)12 ; CDH (67)5.

l'emprise de l'État, c'est à dire la vie privée et familiale et les droits des parents en matière d'éducation de leurs enfants. Il est donc légitime d'interpréter l'article 8 à la lumière de l'article 12, si l'on attache de l'importance à l'intention des États lors de la rédaction de la Convention.

51. La famille fondée sur le mariage, ainsi que cela apparaît explicitement à l'article 12, est établie par l'union entre un homme et une femme, ayant atteint l'âge nubile. L'article 12 contient donc une définition monogame du mariage et de la famille qui en résulte. Par extension, en interprétant l'article 8 à la lumière de l'article 12, il est possible d'en déduire que la vie familiale « au sens de la Convention » est monogame, ce qui n'exclut pas l'existence par ailleurs d'autres formes de vies familiales, mais non protégées par la Convention.