

L'ÉTAT CIVIL ET LA PROTECTION DES PERSONNES PAR LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Luis SILVEIRA

Président de la Commission nationale de protection des données, Lisbonne (P)

I) Introduction

La Convention Européenne des Droits de l'Homme peut, à juste titre, être considérée comme un "*instrument constitutionnel de l'ordre public européen*" (Cour Européenne des Droits de l'Homme, arrêt Loizidou c. Turquie, 23 mars 1995).

Et cela est vrai, tant d'un point de vue formel que d'un point de vue matériel.

De manière formelle, la Convention Européenne est dans la hiérarchie normative à un niveau supérieur aux législations nationales, et cela non seulement dans les pays qui l'ont intégrée dans leur ordre juridique interne, mais également dans les États qui la considèrent seulement comme un instrument de droit international. Par son influence matérielle, elle est devenue l'inspiratrice des instruments européens les plus pertinents en matière de droits fondamentaux -dont le plus important est, sans doute, la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne- mais aussi de maintes lois internes des Etats membres du Conseil de l'Europe relatives aux droits qu'elle a définis.

Et, si on passe du "*law in books*" au "*law in action*", on ne peut naturellement pas oublier la force d'inspiration de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dont les arrêts vont bien au-delà de la simple chose jugée et qui se montre toujours soucieuse de répondre de manière adéquate à l'évolution de la vie sociale.

Il est donc tout à fait compréhensible que la Convention exerce également une influence non négligeable sur divers aspects relatifs à l'état civil, et il convient, à ce propos, de souligner que cette influence se manifeste non seulement lorsque l'état civil a une valeur principalement probatoire, mais aussi dans des cas où il possède une vraie nature constitutive.

II) Le droit à la vie privée et familiale

De tous les droits reconnus par la Convention, c'est sans doute le droit à la vie privée et familiale consacré par son article 8 qui est applicable de la manière la plus directe et la plus frappante à l'état civil, et cela sous plusieurs formes.

A) Droit à l'enregistrement

Dès sa naissance, l'enfant jouit d'un vrai droit à l'inscription sur les registres de l'état civil. Le droit à la vie privée implique, au-delà du contenu strictement biologique, le droit pour une personne d'être partie intégrante de la société et de la collectivité politique, et ce droit à faire valoir sa personnalité individuelle devant les autres et la société est, comme on le sait, un des éléments structurels de l'État de Droit.

La Convention ne se contente pas d'une affirmation formelle de ces droits, mais, selon la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, ils doivent être réels et effectifs, l'inscription de la naissance dans les registres de l'état civil devant être faite aussi vite que possible et correspondre à la vérité.

Pour garantir l'inscription de la naissance sur les registres de l'état civil, la législation nationale doit prévoir d'une manière aussi large que possible les personnes qui peuvent procéder à la déclaration de naissance -un des parents, un autre membre de la famille, etc.-, mais si aucune de ces personnes ne prend l'initiative d'une telle déclaration, c'est à l'État lui-même (par exemple, à travers le Ministère Public) qu'incombe cette obligation. Cette solution semble la plus appropriée pour mettre en œuvre ce vrai droit à l'inscription dont l'enfant est titulaire. Une façon pragmatique de favoriser un enregistrement rapide dans les registres de l'état civil peut consister également à mettre en place un système directement dans les maternités, où la présence des fonctionnaires compétents permet de dresser l'acte aussitôt après la naissance.¹

L'inscription tardive sur les registres de l'état civil peut avoir des conséquences particulièrement graves, notamment dans les couches sociales moins favorisées. Pour les pays qui connaissent de fortes populations d'immigrants, l'absence d'enregistrement peut entraîner un véritable problème social, surtout parmi les migrants illégaux, qui craignent tout contact avec les autorités. Ce genre de situation représente une violation réelle et dramatique du droit d'entrée dans la vie sociale et juridique et, in fine, du droit à la vie privée. Il est évident que l'absence d'inscription dans le registre de l'état civil peut générer des difficultés, voire parfois une réelle incapacité, pour l'accès à certains droits sociaux, comme l'éducation, la santé publique, la sécurité sociale. Or, dans l'État de droit social, la pleine citoyenneté implique la possibilité de pouvoir jouir de ces droits sociaux et culturels sans obstacles indus et sans discriminations. Pourtant, les situations où le défaut d'enregistrement prive une personne de la jouissance, partielle ou totale, de ses droits sont malheureusement bien réelles et plus nombreuses qu'on ne peut certainement l'imaginer.

B) Droit à l'identité

Pour jouir entièrement du droit à la vie privée et familiale, une personne doit posséder une identité légalement reconnue ou constatée, basée sur divers éléments de description physique et d'état civil. Un individu doit pouvoir se distinguer de la communauté qui l'entoure et se différencier par rapport à toute autre personne physique, éloignée ou proche. L'identité d'une personne a, comme on le verra, un rapport étroit avec le nom qu'elle porte. Mais le nom n'est pas le seul élément ; il y a bien d'autres facteurs qui construisent l'identité, tels que le lieu et la date de naissance ou les liens familiaux. Cela montre d'ailleurs que l'identité est liée à la vie privée, mais aussi à la vie familiale.

L'identification à travers l'inscription dans le registre de l'état civil est ainsi un élément structurel du droit à la vie privée et familiale. Le manque d'identification crée une sorte d'invisibilité de l'enfant, dont les risques ont été bien soulignés par le Parlement Européen dans sa Résolution du 16 janvier 2008 – "Towards an EU strategy on the rights of the child". Ainsi, le Parlement Européen a déclaré que l'absence d'identification, ou même des doutes à ce sujet, est de nature à faciliter la violation des droits des personnes, et notamment des enfants. L'absence d'identification peut, en matière de rapports familiaux, faciliter l'adoption illégale et le mariage avant l'âge nubile. Et, dans des cas extrêmes, l'invisibilité découlant de l'absence d'identification peut être une source de risque, notamment en matière de trafics de personnes et d'organes ainsi que pour le recrutement d'enfants-soldats.

C) Droit au nom

Le droit au nom peut être considéré comme un aspect du droit à l'identité personnelle. Mais sa spécificité justifie son appréciation autonome.

¹ V. le programme "Naitre citoyen" institué par le Ministère de Justice portugais.

Cette perspective correspond d'ailleurs au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. En effet, la Cour a décidé par deux fois, en 1994, que le droit au nom est couvert par le droit à la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention. Elle l'a dit dans l'arrêt *Burghartz c. Suisse* (22 février 1994), en spécifiant que le nom est un moyen d'identité personnelle et de liaison avec une famille. Et elle l'a confirmé, peu après, dans l'arrêt *Stjerna c. Finlande* (25 novembre 1994). Deux ans plus tard, le 24 octobre 1996, dans l'arrêt *Guillot c. France* (Fleur de Marie), la Cour européenne des Droits de l'Homme, après avoir affirmé que le droit au (pré)nom était couvert par l'article 8 de la Convention, a invoqué son rapport avec la "*vie familiale*" en soulignant le fait que le prénom est souvent choisi par les parents pour des raisons affectives et familiales.

De façon peut-être encore plus forte et déterminée, la Cour a bien précisé l'influence et la prééminence qu'elle reconnaît à la Convention quand, dans l'arrêt *Tekeli c. Turquie* (16 novembre 2004), elle a considéré contraire à l'article 8 la règle juridique du droit turc qui obligeait la femme à prendre le nom de son mari. La Cour a même reconnu que la modification de ce régime pourrait causer des problèmes d'organisation de l'état civil turc. Elle a toutefois décidé, que la défense du droit à la vie privée et familiale prévue par l'article 8 de la Convention était plus importante que le maintien des règles de l'état civil.

L'essence même du droit au nom présente deux faces opposées, l'une négative, l'autre positive. Du point de vue négatif ou défensif, on peut dire que personne ne peut être privé de son nom, ni en subir une modification imposée par d'autres. Ainsi, toute personne a la possibilité d'user de son nom et de le protéger contre les agissements de tiers. En termes positifs, une personne peut changer de nom si elle justifie d'un motif légitime.

L'étroite relation entre le prénom et la vie privée et familiale explique et justifie aussi certaines obligations restrictives. Ainsi, le prénom d'une personne ne doit absolument pas créer de doutes quant au sexe de son titulaire. Des considérations analogues font qu'un même prénom ne doit pas non plus être attribué à des frères ou sœurs -certains l'admettent cependant lorsque l'un vient au monde alors que l'autre est déjà décédé- car un prénom doit permettre de distinguer entre eux les membres d'une même famille, et toute solution contraire pourrait compromettre l'identité nécessaire au parfait exercice du droit à la vie privée de l'un et de l'autre.

Un autre cas typique est celui des enfants abandonnés qui doivent, naturellement, comme tout un chacun, recevoir un prénom. Toutefois atteinte serait portée à leur vie privée -et, d'une certaine façon, même à leur future vie familiale- si on leur attribuait un prénom pouvant révéler leur condition d'enfant abandonné ("*esposito*", par exemple.).

Le droit à la vie privée et familiale n'est cependant pas le seul droit consacré par la Convention qui soit pertinent en matière de nom. Le droit à la non discrimination et le droit à la liberté religieuse, associés au droit à la vie privée et familiale, peuvent également exercer une influence sur le nom inscrit à l'état civil. C'est ainsi que, notamment, les systèmes d'état civil doivent en principe admettre des prénoms étrangers liés à l'origine nationale de la famille de l'enfant à inscrire ou, encore, à la religion à laquelle ils appartiennent.

Enfin, la Cour européenne des Droits de l'Homme s'est basée aussi sur le principe de non discrimination pour déclarer (*Arrêt Pilar Moscoso et autres c. Espagne*, du 28 octobre 1999) que les titres de noblesse sont seulement des éléments complémentaires du nom, et qu'ils ne font pas partie de l'identité des personnes, même si les titres sont inscrits à l'état civil.

Et si on pense à la modification du nom (ou prénom), il semble évident que c'est surtout la sauvegarde du droit à la vie privée et familiale qui peut justifier une telle mesure. On peut ainsi constater combien l'influence du droit à la vie privée et familiale sur le nom et le prénom des individus est multiple et multidirectionnelle.

D) La transsexualité

Certaines personnes ressentent, parfois au cours de leur enfance, parfois plus tardivement, que psychologiquement, elles n'appartiennent pas au sexe correspondant à leurs caractéristiques physiques et hormonales ni au sexe inscrit sur le registre de l'état civil. Cette situation génère des troubles si profonds que ces personnes décident souvent de subir des interventions chirurgicales et des traitements endocriniens capables de leur attribuer les caractéristiques de l'autre sexe.

La question se pose alors de savoir si ces personnes peuvent également obtenir le changement du sexe inscrit à l'état civil. Et les solutions des droits nationaux ne sont pas uniformes à cet égard. Certains Etats rejettent cette possibilité. D'autres l'admettent, soit sur décision directe des autorités de l'état civil, soit seulement après une autorisation judiciaire. Ce qui semble en tout cas indéniable, c'est que cette question affecte directement et profondément la vie privée de ces personnes.

La Cour européenne des Droits de l'Homme a commencé à aborder cette question de façon prudente. Selon sa manière habituelle de procéder, la Cour a essayé, en premier lieu, de vérifier s'il existe parmi les États du Conseil de l'Europe une convergence notoire sur le sujet. Si cette dernière fait défaut ou s'avère insuffisante, la Cour reconnaît aux États une marge d'appréciation inversement proportionnelle au niveau de convergence.

En appliquant ce critère, la Cour européenne des Droits de l'Homme a commencé par considérer que l'absence de convergence totale des Etats européens en la matière ne permettait pas d'interpréter l'article 8 de la Convention dans le sens qu'il fallait considérer que le droit à la vie privée (et familiale) impliquait le besoin de reconnaître aux transsexuels le droit d'obtenir la modification de la mention du sexe inscrite sur l'acte de l'état civil. Ainsi, notamment, dans les affaires Rees (17 octobre 1986) et B. c. France (25 mars 1992), la Cour, en se basant sur le droit au développement personnel, a reconnu aux transsexuels le droit de changer d'identité sexuelle. Mais elle n'est pas allée jusqu'à admettre les conséquences de cette position en termes d'état civil.

Cependant, la Cour a progressivement adopté une position moins partielle. D'une part, elle a prêté une attention plus grande aux progrès scientifiques en matière de changement des caractéristiques sexuelles. Et, d'autre part, elle s'est montrée, dans les années plus récentes, plus ouverte à l'évolution de la société et aux changements culturels avérés dans ladite société. En suivant ce critère, la Cour s'est parfois contentée d'un règlement amiable, lorsqu'un Etat a annoncé la modification de la législation qui ne permettait pas d'effectuer le changement des données de l'état civil même après l'intervention chirurgicale et le traitement hormonal correspondant au changement de sexe, comme, par exemple, dans l'affaire X c. RFA, du 11 octobre 1979. Dans d'autres situations, cette nouvelle prise de position de la Cour a conduit directement à la modification des législations applicables en la matière.

De manière encore plus marquante, elle a même inspiré des changements jurisprudentiels en la matière – même si, du point de vue strictement juridique, on pourrait se demander si les décisions de la Cour sont susceptibles d'être munies d'une telle force juridique. Une influence de ce genre a pu être constatée dans les affaires Beldjoudi c. France (26 mars 1992) et Poitrinol c. France (23 novembre 1993), où les arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme ont poussé la Cour de Cassation française à modifier sa position antérieure qui était de refuser aux transsexuels le changement de leur identité au niveau de l'état civil.

Mais la décision la plus pertinente et la plus profondément motivée dans ce domaine a sans doute été l'arrêt Goodwin c. Royaume-Uni (11 juillet 2002). La Cour a commencé par reconnaître qu'un certain consensus se dégagait peu à peu dans les pays européens quant à l'admission du changement de sexe des transsexuels au niveau de l'état civil. Elle a ajouté que, même si ce consensus n'était pas encore entier, l'évolution de la science et de la société elle-même devraient

conduire à une telle prise de position. La Cour a même ajouté que cela impliquait la possibilité pour Goodwin de se marier avec une personne du sexe différent (de sa nouvelle identité). Par cette position, la Cour s'est aussi basée sur l'article 12 de la Convention, qui reconnaît le droit à toute personne de se marier et cela, en soulignant que le mariage n'implique pas nécessairement la procréation.

Très récemment, dans l'affaire Schlumpf c. Suisse (9 janvier 2009), la Cour a confirmé cette position à propos du changement d'identité sexuelle des transsexuels. En effet, la Cour a déclaré expressément que le droit à la vie privée garanti par la Convention inclut la perspective de l'identité sexuelle. Il semble ainsi légitime d'affirmer que, selon la meilleure et la plus actuelle interprétation de l'article 8 de la Convention, le droit à la vie privée (et familiale) a un rapport intime avec l'identité sexuelle de chaque personne. Si une personne ne voit pas sa vraie identité sociale reconnue dans son environnement social, cela compromet sérieusement le développement de sa vie privée.

Comme déjà mentionné à propos de l'affaire Goodwin c. Royaume-Uni, un des aspects centraux de l'exercice du droit à la vie privée et familiale est celui du droit au mariage. La combinaison des articles 8 et 12 de la Convention, en consacrant respectivement le droit à la vie privée et familiale et le droit au mariage, permet de déduire que l'une des conséquences les plus importantes de l'admission du changement d'identité des transsexuels est qu'ils doivent être autorisés à se marier avec une personne du sexe opposé (par rapport au nouveau sexe qu'ils ont acquis).

La question qui reste à trancher –et qui a déjà été soulevée– est celle de savoir si cette position doit être maintenue si ledit transsexuel est un étranger ressortissant d'un pays qui ne reconnaît pas le changement d'identité des transsexuels à l'état civil. La force toute particulière du droit à la vie privée et familiale proclamé par l'article 8 de la Convention suggère que la réponse devrait également être positive dans une telle situation.

Enfin, un événement certainement rare (mais qui s'est déjà produit) est le changement de sexe, tant biologique qu'au niveau de l'état civil, d'une personne qui était déjà mariée. La question fait l'objet de nombreuses discussions. Une vision plus formaliste défend que, dans un tel cas, le mariage doit être considéré comme inexistant, et en tant que tel, purement et simplement supprimé de l'état civil. Je considère, au contraire, que la solution qui serait la plus respectueuse, tant de la réalité qui existait au moment du mariage que des intérêts des personnes concernées (peut-être même des enfants du couple avant le changement de sexe de l'un de ses membres), est celle de maintenir la validité du mariage au niveau de l'état civil. Cela n'empêche nullement que, par ailleurs, ces personnes choisissent plus tard la voie du divorce, mais cela, c'est une autre question.

E) Hermaphroditisme

Les cas d'hermaphroditisme –c'est-à-dire les situations où une personne naît sans sexe défini – sont assez rares. Il existe néanmoins des enfants qui naissent dans de telles conditions. Souvent, après une période plus ou moins longue, un des sexes devient prédominant, et c'est alors dans ce sexe que l'intéressé se développe entièrement. Le droit à la vie privée et familiale prévu par l'article 8 de la Convention justifie ainsi que, lorsque l'un des genres sexuels devient prédominant, l'état civil doit s'adapter à cette réalité.

III) Le droit au mariage

Le droit au mariage reconnu à tous (naturellement, après avoir atteint l'âge nubile) exerce plusieurs formes d'influence sur le régime de l'état civil.

A)

Droit au mariage et procédure d'état civil

Pour correspondre à l'esprit de la Convention, le droit au mariage ne doit pas être entravé par des exigences procédurales disproportionnées. L'application des règles de l'état civil implique naturellement une appréciation sérieuse des situations pendant un délai approprié. Toutefois, l'exercice normal du droit au mariage implique que les procédures adoptées ne soient ni trop bureaucratiques, ni trop chères, ni trop longues.

B) L'efficacité normale du mariage

Le mariage étant un des faits marquants de la vie privée et familiale, il est tout normalement inscrit sur le registre de l'état civil. L'état civil devient ainsi une condition de validité du mariage, qui acquiert de ce fait une valeur plus importante que simplement probatoire, vu que la production des effets du mariage dépend de son inscription à l'état civil.

C) La vraie nature du droit au mariage

En tout état de cause, il faut reconnaître que le droit au mariage, comme englobé dans l'article 12 de la Convention, est antérieur et autonome par rapport à son inscription à l'état civil puisqu'il correspond à la notion contractuelle originelle consacrée par le vieux Droit Canonique. La preuve de cette affirmation peut en effet être déduite du fait que, dès lors que les intéressés ont donné leur consentement, ils sont mariés, même si l'inscription du mariage sur le registre de l'état civil n'est pas faite immédiatement après la célébration. La même conclusion peut être tirée de l'acceptation commune des mariages « urgents » (célébrés, par exemple, en cas d'imminence de mort), puisqu'un tel mariage existe et est valide (sous réserve du respect de certaines conditions) même s'il a été conclu en l'absence d'un officier de l'état civil.

D) Droit au mariage et liberté religieuse

La liberté religieuse, qui est un autre droit inscrit dans la Convention européenne des Droits de l'Homme (à l'article 9), ne signifie toutefois pas que le droit au mariage religieux doit être autorisé dans tous les pays européens. Le système du mariage civil obligatoire est parfaitement compatible avec la Convention, dès lors qu'un mariage religieux postérieur au mariage civil ne soit pas prohibé. Il semble néanmoins légitime d'affirmer que si dans un pays on admet l'inscription dans le registre de l'état civil d'un mariage célébré selon le rite d'une religion donnée, alors la combinaison des droits au mariage et à la liberté religieuse doit avoir pour conséquence que tous les mariages célébrés selon les rites religieux les plus répandus dans ledit pays soient également admis par l'état civil.

IV) L'accès à la procédure

La Convention définit un certain nombre de principes destinés à garantir les droits à un procès équitable et préserver l'accès aux procédures judiciaires. De l'article 6, paragraphe 3, de la Convention européenne des Droits de l'Homme, on tire normalement le droit pour les étrangers de se faire assister d'un interprète pour pouvoir comprendre le déroulement des procédures (v. Oztürk, 21 février 1984). De cette même règle découle une exigence similaire en faveur de certains handicapés – aveugles, sourds, muets.

Bien qu'en matière d'état civil les procédures ne sont habituellement pas de nature judiciaire, il ne semble pas trop osé de défendre l'idée que les principes établis par la Convention européenne des Droits de l'Homme pour le fonctionnement des tribunaux devraient s'appliquer par analogie à l'état civil. La règle de non discrimination préconisée par l'article 14 de la Convention pourrait même renforcer cette conclusion.

v)

Non discrimination

La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme a commencé par considérer, de manière (trop ?) prudente, que le principe de non-discrimination prévu à l'article 14 de la Convention n'aurait pas de valeur autonome, mais devrait toujours être interprété et appliqué en combinaison avec d'autres droits garantis par la Convention. Plus récemment, elle a néanmoins commencé à reconnaître à cette règle une portée de plus en plus autonome. En tout cas, la Cour a tiré de l'article 14 combiné avec l'article 8 sur le droit à la vie familiale, le droit pour les enfants naturels d'avoir une vie de famille normale (Johnston c. Irlande, 18 décembre 1984). Cette considération a eu des conséquences particulièrement fortes pendant les années qui ont suivi, d'autant plus que le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a été consacré par l'article 3 de la Convention de l'ONU pour les Droits de l'Enfant de 1989.

Cette interaction entre les articles 8 et 14 de la Convention a aussi trouvé un reflet dans la Recommandation n° 4 de la CIEC (du 5 septembre 1984), dont le point 1 déclare:

"1. Lorsque des extraits d'actes de l'état civil sont délivrés à tout requérant, ils ne doivent contenir aucune indication relative à la filiation, à la religion, aux causes de divorce, de séparation de corps, d'annulation du mariage ou du décès, ni aucune autre indication susceptible de constituer une atteinte au respect dû à la vie privée des personnes concernées."

VI) Perspectives

On a essayé, ainsi, brièvement, de démontrer à quel point les relations entre la Convention européenne des Droits de l'Homme et l'état civil sont multiples et de portée très variable.

- 1) Un système de l'état civil bien organisé contribue à rendre plus effectifs les droits consacrés par la Convention et à en faciliter l'exercice par les individus.
- 2) Parfois, l'efficacité juridique (c'est-à-dire, la production d'effets de Droit) de certains droits reconnus par la Convention dépend de leur inscription à l'état civil.
- 3) De manière encore plus forte, la modification de certaines caractéristiques personnelles intimement liées au droit à la vie privée et familiale peut entraîner le changement obligatoire du contenu d'un acte de l'état civil concernant cette personne.
- 4) Enfin, la relation la plus forte se produit lorsque l'inscription à l'état civil est elle-même une manifestation d'un des droits prévus à la Convention, notamment celui de la vie privée et familiale.