

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ayant trait au droit international privé (2018-2019)

Au cours de la période sous rapport, la Cour a rendu, en matière d'enlèvement international d'enfants, un certain nombre d'arrêts dont la motivation ne présente pas d'intérêt particulier (III ci-après) ; en revanche, son (premier) avis consultatif, rendu dans l'affaire *Menesson c. France*, est hautement intéressant par rapport à la question de la reconnaissance des situations constituées à l'étranger. Par ailleurs, deux affaires m'ont paru remarquables, bien qu'elles se situent aux marges du droit international privé : l'affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse* qui a trait (incidemment) à la transposition de la logique de l'arrêt *Pellegrini c. Italie* de 2001 aux sentences arbitrales émanant du tribunal arbitral du sport, et l'affaire *Molla Sali c. Grèce*, qui a trait au droit inter-personnel en vigueur en Grèce et à l'application de la charia devant les tribunaux de ce pays européen.

I. – Reconnaissance et non-reconnaissance des situations constituées à l'étranger

Le premier avis consultatif de la Cour (Grande chambre) (Demande n° P16-2018-001) du 10 avril 2019, « relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, demandé par la Cour de cassation française », a trait aux suites de l'affaire **Menesson c. France**, présentée à la réunion de Florence (arrêt de la CEDH du 26 juin 2014, n° 65192/11).

La procédure des avis consultatifs est nouvelle, ayant été introduite par le protocole additionnel n°16 à la Convention. Pour les Etats qui l'ont ratifié, le protocole prévoit que ses « plus hautes juridictions » pourront interroger la Cour européenne des droits de l'homme sur « des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles », dans le cadre d'une affaire pendante devant elles. La procédure ressemble vaguement à la procédure du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne, mais elle en diffère sur plusieurs égards :

- le recours à la procédure de demande d'avis n'est jamais obligatoire (il ne s'agit pas d'un instrument de discipline à l'égard des juridictions nationales) ;
- la Cour européenne des droits de l'homme décide discrétionnairement s'il convient ou non de rendre un avis consultatif (cependant, un refus doit être motivé) ;
- l'affaire est portée dans tous les cas devant la grande chambre ;
- surtout, aux termes de l'article 5 du protocole n°16, « les avis consultatifs ne sont pas contraignants ».

En l'espèce, c'est la Cour de cassation française qui a saisi la Cour de la demande d'avis consultatif, à laquelle il a été fait droit. Cette saisine a eu lieu dans l'affaire *Menesson c. France*. On se souviendra de ce qu'à l'époque, la Cour de cassation

française estimait devoir opposer un refus absolu de reconnaissance aux filiations obtenues par gestation pour autrui à l'étranger (en l'espèce, au jugement californien constatant la filiation de deux enfants à l'égard de M. Mennesson qui en était le père biologique, mais aussi à l'égard de M^{me} Mennesson qui était certes la mère d'intention des deux enfants, mais sans lien génétique avec elles). La Cour de cassation jugeait que l'ordre public international français (ou, plus tard, la prohibition de la fraude à la loi) s'opposait de manière absolue à cette reconnaissance, et s'opposait d'ailleurs aussi à l'adoption, par les parents d'intention, d'enfants nés conformément à un contrat de gestation pour autrui conclu par eux. L'arrêt *Mennesson* de la Cour européenne des droits de l'homme avait estimé qu'il n'y avait pas eu violation des droits de l'homme (droit à la vie familiale : article 8 de la Convention) de M. et M^{me} Mennesson, qui savaient que le contrat de gestation pour autrui qu'ils avaient conclu risquait de ne pas être reconnu en France, et qui ne pouvaient pas légitimement insister sur l'obtention des autorités françaises d'une dérogation à un « choix effectué démocratiquement ». En revanche, le droit à l'identité personnelle des enfants avait été méconnu (droit également rattaché à l'article 8 de la Convention, au titre de la « vie privée »), du moins à l'égard de M. Mennesson qui était réellement leur père biologique et avec lequel néanmoins, les enfants ne pouvaient (à l'époque) faire constater leur lien de filiation. L'arrêt avait été ambigu en ce qui concerne la filiation maternelle des enfants.

Visiblement, la Cour de cassation française n'entend pas entrer en résistance à l'égard de la Cour européenne, mais entend par ailleurs maintenir une position très prudente – une position « bioconservatrice », comme le dirait peut-être un « bioprogressiste ». Elle a été saisie à nouveau de l'affaire *Mennesson* suite à l'intervention de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, ceci en raison d'un texte particulier de droit français qui permet de rouvrir une procédure civile, en principe clôturée en droit interne, en cas d'intervention d'un arrêt de la Cour européenne condamnant la France dans l'affaire en question. Son Assemblée plénière a décidé, le 5 octobre 2018 (pourvoi n° 10-19.053) – conformément à d'autres arrêts récents de la Cour de cassation – que la filiation paternelle à l'égard de M. Mennesson pouvait désormais être reconnue en France, puisqu'elle en faisait que correspondre à la réalité biologique. Sur la question de la maternité d'intention toutefois, l'arrêt français expose ce qui suit :

7. Si la question de la transcription de la paternité biologique est aujourd'hui résolue, il n'en est pas de même de celle de la maternité d'intention, pour laquelle la Cour de cassation s'interroge sur l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les Etats signataires de la Convention. La question qui se pose est, d'abord, de savoir si, en refusant de transcrire l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français s'agissant de la mère d'intention, alors que la transcription a été admise pour le père biologique de l'enfant, un Etat-partie méconnaît l'article 8 de la Convention à l'égard tant de la mère d'intention que des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. A cet égard, la Cour de cassation s'interroge sur le point de savoir s'il y a lieu de distinguer selon que l'enfant a été conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention. Enfin, se pose la question de savoir si la

possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, qui constitue une voie permettant d'établir la filiation à son égard, suffit à répondre aux exigences de l'article 8 de la Convention.

La Cour européenne des droits de l'homme rend un arrêt qui suit la logique de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française : compte tenu de la marge d'appréciation dont dispose la France, il lui est effectivement permis au regard de la Convention de ne pas reconnaître une maternité d'intention comme étant une maternité tout court ; en revanche, il existe un droit de l'enfant à obtenir une autre « possibilité de reconnaissance de la filiation entre cet enfant et la mère d'intention », étant entendu que ce lien de filiation peut être un lien de filiation adoptif (donc un lien de filiation ouvertement fictif). On retiendra les motifs suivants de l'avis consultatif.

D'abord, sur la nécessité d'avoir égard à l'intérêt supérieur des enfants, qui doit primer :

39. La Cour a admis dans les arrêts *Menesson* (précité, § 99) et *Labassee* (précité, § 78) qu'il était « concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire ». Elle a toutefois relevé que les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitaient pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée se trouve significativement affecté.

...

42. Au vu des éléments indiqués au paragraphe 40 ci-dessus¹ et du fait que l'intérêt supérieur de l'enfant comprend aussi l'identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l'élever, de satisfaire à ses besoins et d'assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d'évoluer dans un milieu stable, la Cour considère toutefois que l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas

¹ Ces éléments sont définis comme suit au § 40 : « l'absence de reconnaissance en droit interne du lien entre l'enfant et la mère d'intention défavorise l'enfant dès lors qu'il le place dans une forme d'incertitude juridique quant à son identité dans la société [...]. Il y a notamment un risque qu'il n'ait pas l'accès à la nationalité de la mère d'intention dans les conditions que garantit la filiation, cela peut compliquer son maintien sur le territoire du pays de résidence de la mère d'intention (même si ce risque n'existe pas dans le cas soumis à l'examen de la Cour de cassation, le père d'intention, qui est aussi le père biologique, ayant la nationalité française), ses droits successoraux à l'égard de celle-ci peuvent être amoindris, il se trouve fragilisé dans le maintien de sa relation avec la mère d'intention en cas de séparation des parents d'intention ou de décès du père d'intention, et il n'est pas protégé contre un refus ou une renonciation de la mère d'intention de le prendre en charge ».

conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise.

...

46. En somme, vu les exigences de l'intérêt supérieur de l'enfant et la réduction de la marge d'appréciation, la Cour est d'avis que, dans une situation telle que celle visée par la Cour de cassation dans ses questions [...], le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert **que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention**, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale ».

47. Bien que le litige interne ne concerne pas le cas d'un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et conçu avec les gamètes de la mère d'intention, la Cour juge important de préciser que, lorsque la situation est par ailleurs similaire à celle dont il est question dans ce litige, la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut a fortiori dans un tel cas.

Mais, sur la marge d'appréciation qui revient à la France et qui l'autorise à subordonner la « possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention » à une procédure d'adoption conforme au droit national :

53. **On ne saurait déduire de l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi compris que la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention que requiert le droit de l'enfant au respect de la vie privée, au sens l'article 8 de la Convention, impose aux États de procéder à la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne la mère d'intention comme étant la mère légale.** Selon les circonstances de chaque cause, d'autres modalités peuvent également servir convenablement cet intérêt supérieur, dont l'adoption, qui, s'agissant de la reconnaissance de ce lien, produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger.

54. Ce qui compte c'est qu'au plus tard lorsque, selon l'appréciation des circonstances de chaque cas, le lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé [...], il y ait un mécanisme effectif permettant la reconnaissance de ce lien. **Une procédure d'adoption peut répondre à cette nécessité dès lors que ses conditions sont adaptées et que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien. Il va de soi que ces conditions doivent inclure une appréciation par le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant à la lumière des circonstances de la cause.**

55. En somme, vu la marge d'appréciation dont disposent les États s'agissant du choix des moyens, d'autres voies que la transcription,

notamment l'adoption par la mère d'intention, peuvent être acceptables dans la mesure où 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'enfant.

Quelques observations rapides : En premier lieu, la Cour démontre sa prudence, s'agissant d'une question sociétale controversée. Elle n'oblige pas les Etats contractants à procéder par voie de reconnaissance pure et simple des actes d'état civil américains (pas d'obligation de « transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne la mère d'intention comme étant la mère légale »). Elle admet qu'on puisse y substituer une autre technique, en l'occurrence l'adoption, qui aboutit au même résultat (juridique) en droit civil, mais qui n'est pas la reconnaissance de ce qui a été fait à l'étranger. En termes de technique de droit international privé, il s'agit de la technique appelée – selon le choix terminologique de chacun – « transposition », « assimilation » ou « transformation » d'une institution du droit matériel étranger en une institution similaire mais non identique du droit du for. On se rappellera que la Cour avait décidé en substance la même chose à propos de la « non- » obligation pour l'Italie de reconnaître purement et simplement les mariages homosexuels contractés par les ressortissants italiens au Canada ou aux Pays-Bas (arrêt *Orlandi et autres c. Italie*, présenté à la réunion d'Anvers). Là aussi, il avait été jugé suffisant de choisir un moyen de reconnaissance légale de l'union entre deux personnes de même sexe, par exemple une « union civile », qui pouvait être étendu aux personnes mariées à l'étranger.

En deuxième lieu, la question de la permanence de la solution de compromis (française et européenne) dans l'affaire *Menesson* se pose. Comme le constate un autre arrêt de la Cour de cassation française (Civ. 1^{re}, 20 mars 2019, n^{os} 18-14751 et 18-50007, qui sursoit à statuer en attendant l'avis consultatif à intervenir dans l'affaire *Menesson*), la question sur laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a été invitée à se prononcer se pose également, *mutatis mutandis*, à propos de l'inscription comme deuxième mère (comme cela se pratique en Angleterre) de l'épouse de la mère biologique d'un enfant. Or dans le cadre de l'examen, actuellement en cours devant l'Assemblée nationale française, du projet de loi relatif à la bioéthique, il semble vraisemblable que les deux mères, membres d'un couple, soient inscrites comme « mères de l'enfant », *sans* recours pour l'une d'entre elles à la procédure d'adoption. Si tel est le cas, il n'existera plus de raison de ne pas soumettre au même régime favorable les actes de naissance dressés à l'étranger, du moins pour les couples de femmes. Et eu égard au principe de l'égalité devant la loi, il semblerait également que dans ce cas, les actes de naissance établis à l'étranger et documentant la filiation d'enfants nés de gestations pour autrui à l'égard de deux *pères* vivant en couple ne devraient plus se heurter au refus de transcription (et qu'il en irait de même de la filiation à l'égard d'une mère d'intention vivant en union hétérosexuelle, comme Mme Menesson).

D'ailleurs, dès à présent, la Cour fédérale allemande a déduit de la jurisprudence *Menesson* de 2014 qu'il convenait désormais de ne pas opposer l'ordre public à un jugement californien constatant une double paternité à l'égard d'un enfant (BGH, 10 décembre 2014, *BGHZ*, vol. 203, p. 350 ; 5 septembre 2018, XII ZB 224/17 ; on

y remarquera le rejet des « *generalpräventive Erwägungen* »² qui sont également à la mode dans la doctrine des juristes et intellectuels publics français hostiles par principe à la GPA : la Cour fédérale retient qu'il s'agit de juger du cas d'un enfant concret, et que l'enfant n'a pas pu avoir d'influence sur les circonstances de sa gestation). Mais le tribunal fédéral suisse a décidé le contraire, décidant que des actes homoparentaux de l'état civil ne peuvent être transcrits, et que la jurisprudence de la Cour européenne ne l'impose pas (TF, 21 mai 2015, ATF, 141 III 312 ; voir aussi TF, 14 septembre 2015, ATF, 141 III 328).

II. – Deux affaires à la marge du droit international privé

A. – Mutu et Pechstein c. Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, arrêt du 2 octobre 2018 : affaire ayant trait au droit transnational privé plutôt qu'au droit international privé dont l'étude est l'objet social du Groupe. L'arrêt – important – concerne le Tribunal Arbitral du Sport (TAS), institution autoproclamée de la *lex sportiva internationalis*, désormais soumis – indirectement – à la discipline de la CEDH, notamment à travers l'idée d'arbitrage forcé.

Sportifs de haut niveau, M. Mutu (footballeur) et M^{me} Pechstein (patineuse de vitesse) ont été amenés à adhérer, à la demande de leurs fédérations sportives (la FIFA en ce qui concerne M. Mutu, l'ISU, *International Skating Union*, dans le cas de M^{me} Pechstein) à la compétence du Tribunal arbitral du sport, qui applique les règles des fédérations sportives et subsidiairement, le droit suisse. N'ayant pas obtenu gain de cause, ils ont déposé des recours devant le Tribunal fédéral suisse (les sentences arbitrales du TAS sont rendues en Suisse). Suite au rejet de leurs recours, ils ont introduit des requêtes contre la Suisse pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au procès équitable), en reprochant à la Suisse d'avoir rejeté les recours contre des procédures arbitrales qui ne répondaient pas intégralement aux critères européens du procès équitable (pas de publicité de l'audience devant le TAS ; prétendue partialité du TAS en faveur des fédérations – mais ce deuxième reproche sera jugé mal fondé par la Cour européenne).

La Cour fait droit aux requêtes, pour des motifs qui sont intéressants en eux-mêmes mais qui permettent également de tirer des parallèles avec des affaires intéressant directement le droit international privé. S'il s'était agi d'une véritable procédure arbitrale reposant sur le libre consentement des deux intéressés, la Cour aurait jugé, conformément à une jurisprudence constante, que leur adhésion à la convention d'arbitrage entraînait renonciation, notamment, à l'exigence de publicité des audiences. Mais il en va différemment en cas d'« arbitrage forcé ». Certes, le droit étatique suisse n'obligeait pas les sportifs à avoir recours à la procédure devant le TAS. Cependant, la Cour est réaliste et prend en considération la contrainte qui découle de mécanismes purement privés (spécialement, dans le cas de M^{me}

² C'est-à-dire des considérations tenant à la « prévention générale », à la dissuasion du recours par des tiers à un comportement jugé socialement nuisible. Notion importante dans la théorie allemande du droit pénal.

Pechstein, le fait d'être sportive professionnelle et d'être dès lors forcée de respecter la réglementation de l'ISU, qui prescrit absolument la compétence du TAS : § 115). Elle a donc été amenée à appliquer à la procédure arbitrale les critères d'un procès équitable tels qu'ils valent pour un procès devant une juridiction d'un Etat contractant.

Ce qui est particulièrement intéressant du point de vue du droit international privé est l'un des arguments soulevés par la Suisse devant la Cour. L'argument était similaire à un argument soulevé (mais rejeté) devant la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *West Tankers* (C-185/07, voir en particulier les conclusions de l'avocat général Kokott, ECLI:EU:C:2008:466, point 65 : « Enfin, la House of Lords attire l'attention sur le risque que Londres subisse un désavantage concurrentiel par rapport à des centres d'arbitrage internationaux tels que New York, les Bermudes et Singapour, si les juridictions anglaises, contrairement aux juridictions situées au siège de ces centres, ne pouvaient plus prononcer d'«anti-suit injunctions»). Cet argument *in terrorem* n'impressionne pas la Cour européenne des droits de l'homme, pas plus qu'il n'avait impressionné la Cour de justice :

99. En revanche, en ce qui concerne le risque, évoqué par le Gouvernement, que le TAS puisse être tenté de déplacer son siège dans un pays non membre du Conseil de l'Europe afin de soustraire entièrement le contentieux porté devant lui à l'examen de la Cour (paragraphe 79 ci-dessus), il n'appartient pas à cette dernière de se prononcer in abstracto sur une telle éventualité. Si une telle hypothèse devait se réaliser, il appartiendrait à la Cour de statuer, au cas par cas, lors de l'examen de requêtes introduites devant elle à la suite du prononcé par les juridictions des États parties à la Convention de décisions donnant force exécutoire aux sentences du TAS dans les ordres juridiques respectifs de ces États.

Ceci correspond effectivement à la jurisprudence de la Cour, depuis l'arrêt fondamental *Pellegrini c. Italie*, présenté en son temps à une réunion du GEDIP.

B. – Molla Sali c. Grèce, GC, requête n° 20452/14, arrêt du 19 décembre 2018 : affaire de droit interpersonnel (loi applicable, en Grèce, aux relations familiales des membres de la minorité musulmane de Thrace).

L'arrêt concerne l'application, par les juridictions grecques, de la charia aux membres de la minorité musulmane de Thrace, plus concrètement à la succession d'un musulman grec faisant partie de cette minorité. Le *de cuius*, Moustafa Molla Sali, avait établi un testament notarié dans lequel il léguait à son épouse la totalité de ses biens. Ce testament était valable à l'égard du droit grec, mais invalide au regard de la charia qui, pour les membres de la minorité en question, fait (selon l'arrêt de la Cour de cassation grec rendu en l'espèce) « partie intégrante du droit interne grec et a valeur supérieure à toutes dispositions contraires de la loi ». En

vertu de la charia, il était impossible de déroger par voie testamentaire à la dévolution chariatique des biens successoraux en question.

L'applicabilité de la charia découle, selon la Cour de cassation grecque, du statut instauré au bénéfice des musulmans grecs par les traités de Sèvres et de Lausanne au lendemain de la première guerre mondiale, à titre de droit particuliers protecteur des musulmans grecs. Les traités ainsi appliqués prévoient la compétence obligatoire du mufti, et l'applicabilité de la charia aux relations familiales entre membres de la minorité musulmane en Thrace.

Saisie d'un recours contre la Grèce par l'épouse survivante de Moustafa Molla Sali, la Cour européenne donne raison à la requérante : il y a eu violation de l'article 14 de la Convention (principe de non-discrimination, en l'occurrence en raison de la religion), en combinaison avec l'article 1^{er} du protocole n° 1 (droit de propriété privée), du fait de l'application obligatoire, au testament du mari de la requérante, de règles autres que celles du droit commun grec. Tout en exprimant certaines réserves de fond à l'égard de l'application de la charia³, la Cour admet néanmoins en principe que les membres d'une minorité religieuse puissent, si cela leur est permis par le droit de l'Etat, *opter* pour l'application de règles religieuses à leurs relations civiles. Mais elle n'admet pas qu'un Etat impose à des personnes l'application d'un droit religieux, lorsque les individus choisissent « de ne pas appartenir à ce groupe ou de ne pas suivre les pratiques et les règles de celui-ci » :

155. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, la liberté de religion n'astreint pas les États contractants à créer un cadre juridique déterminé pour accorder aux communautés religieuses un statut spécial impliquant des privilèges particuliers. Néanmoins, un État qui a créé un tel statut doit veiller à ce que les critères pour que ce groupe bénéficie de ce statut soient appliqués d'une manière non discriminatoire (İzzettin Doğan et autres, précité, § 164).

156. En outre, rien ne permet de dire qu'un testateur de confession musulmane ayant établi un testament conformément au code civil renonce automatiquement à son droit, ou à celui de ses bénéficiaires, de ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur sa religion. Les convictions religieuses d'une personne ne peuvent valablement valoir renonciation à

³ « 154. En plus, la Cour ne peut que constater que plusieurs organes internationaux se sont dit préoccupés par l'application de la charia aux musulmans grecs de Thrace occidentale et par la discrimination ainsi créée notamment au détriment des femmes et des enfants, non seulement au sein même de la minorité par rapport aux hommes, mais également vis-à-vis des grecs non musulmans. Ainsi, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, dans son rapport sur les droits des minorités en Grèce, a relevé que l'application de la charia aux questions relevant du droit de la famille et des successions était incompatible avec les engagements internationaux contractés par la Grèce, surtout après la ratification par celle-ci des traités internationaux et européens postérieurs à 1948 en matière de protection des droits de l'homme, mais aussi des droits de l'enfant et des droits de la femme. Il a recommandé aux autorités grecques d'interpréter le traité de Lausanne et tout autre traité conclu au début du XXe siècle dans le respect des obligations découlant des instruments internationaux et européens de protection des droits de l'homme (paragraphe 75 ci-dessus). D'autres organes internationaux se sont prononcés dans le même sens (paragraphe 70-73 et 76-77 ci-dessus) ».

certaines droits si pareille renonciation se heurte à un intérêt public important (Konstantin Markin, précité, § 150). L'État ne peut quant à lui assumer le rôle de garant de l'identité minoritaire d'un groupe spécifique de la population au détriment du **droit des membres de ce groupe de choisir de ne pas appartenir à ce groupe ou de ne pas suivre les pratiques et les règles de celui-ci.**

157. Refuser aux membres d'une minorité religieuse le **droit d'opter volontairement pour le droit commun** et d'en jouir non seulement aboutit à un traitement discriminatoire, mais constitue également une atteinte à un droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités, à savoir le droit de libre identification. **L'aspect négatif du droit de libre identification, c'est-à-dire le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité, n'est assorti d'aucune limite analogue à celle prévue pour l'aspect positif de celui-ci (paragraphe 67-68 ci-dessus). Le choix en question est parfaitement libre, pourvu qu'il soit éclairé. Il doit être respecté tant par les autres membres de la minorité que par l'État lui-même.** C'est ce que confirme l'article 3 § 1 de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, suivant lequel « aucun désavantage ne doit résulter de ce choix ou de l'exercice des droits qui y sont liés ». Le droit de la libre identification n'est pas un droit propre à la convention-cadre. Il constitue la « pierre angulaire » du droit international de la protection des minorités en général. C'est particulièrement vrai pour l'aspect négatif dudit droit : aucun instrument conventionnel – bilatéral ou multilatéral – ou non conventionnel n'oblige une personne à se soumettre contre sa volonté à un régime particulier en matière de protection des minorités.

La Cour note incidemment ceci :

159. [...] la Cour note que dans les États membres du Conseil de l'Europe la charia s'applique en général comme une loi étrangère dans le cadre du droit international privé. En dehors de ce cadre, seule la France appliquait la charia à la population du territoire de Mayotte mais cette pratique a pris fin en 2011. Quant au Royaume-Uni, l'application de la charia par les sharia councils n'est acceptée que dans la mesure où le recours à celle-ci reste volontaire (paragraphe 83 ci-dessus).

Certains commentateurs, en fonction de leur sensibilité particulière, n'ont pas été d'accord avec la solution adoptée par la Cour, et ont estimé préférable l'application en principe obligatoire des dispositions particulières prévues pour une minorité nationale (entre autres dans l'intérêt du maintien de la paix entre les religions qui, selon eux, importe plus que des situations individuelles) plutôt que le « libre choix » du droit applicable par les individus concernés, qui peut les amener à procéder au « picorage » juridique (*Rosinenpickerei* : voir en ce sens Erik Jayme et C.F. Nordmeier, « Testierfreiheit als europäisches Menschenrecht? », *IPRax*, 2019, p. 200 et s.). Ce point de vue est respectable au titre de la liberté d'opinion, mais

d'autres préféreront l'approche de la Cour qui est inspirée, en substance, de l'idée de « liberté culturelle » (au sens du Rapport mondial sur le développement humain, 2004, *La liberté culturelle dans un monde diversifié*). En d'autres termes, la Cour reste fidèle, sur ce point, à une conception essentiellement libérale et individualiste de l'identité religieuse.

III. – Affaires d'enlèvement international d'enfants (mise en œuvre du règlement Bruxelles II bis et de la Convention de La Haye)

Ces affaires n'apportent rien de vraiment nouveau à la jurisprudence ; quelques-unes sont ici mentionnées pour mémoire :

Simões Albino c. Portugal, requête no 26956/14, arrêt du 29 janvier 2019

Examen, à la requête du père, « si les autorités portugaises ont également rempli les obligations positives qui leur incombent après ce déplacement [en Allemagne], autrement dit si elles ont pris toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer la réunion du requérant à sa fille ». Réponse négative quant à la mise en œuvre du règlement (et de la Convention de La Haye) ; condamnation de l'Etat

Adžić c. Croatie, requête n° 19601/16, arrêt du 2 mai 2019

Les droits du père à la vie familiale avec son enfant ont été méconnus du fait de la décision des autorités croates de refuser d'appliquer la procédure de retour aux Etats Unis prévue par la Convention de La Haye (application de l'art. 13 de la Convention), car : procédure non contradictoire à l'égard du requérant. – La Cour, eu égard au temps passé depuis l'introduction de la demande, retient encore ceci :

96. Lastly, the Court observes that, there is no basis for the present judgment as such to be interpreted as requiring the respondent State to return the child to the United States (see, *mutatis mutandis*, *K.J. v. Poland*, cited above, § 76, and *G.N. v. Poland*, no. 2171/14, § 72, 19 July 2016).

O.C.I. et autres c. Roumanie, requête n° 49450/17, arrêt du 21 mai 2019

La Cour donne raison à la mère : en renvoyant des enfants en Italie, sans avoir sérieusement examiné les affirmations de la mère selon lesquelles le père serait un homme violent et dangereux, les autorités roumaines ont méconnu, dans l'application de la Convention de La Haye (*a child's return cannot be ordered automatically or mechanically when the Hague Convention is applicable*) et du règlement Bruxelles II (*which builds on the Hague Convention*), le droit de la mère et de ses enfants à la vie familiale.

Vladimir Ushakov c. Russie, requête n° 15122/17, arrêt du 18 juin 2019

Violation par la Russie, pour défaut d'examen sérieux des arguments du requérant au regard de la Convention de La Haye, du droit du père à la vie familiale avec son enfant en Finlande. Citation de la partie « rappel de la jurisprudence » de l'arrêt :

82. A harmonious interpretation of the European Convention and the Hague Convention can be achieved, provided that the following two conditions are observed. Firstly, the factors capable of constituting an exception to the child's immediate return in application of Articles 12, 13 and 20 of the said Convention, particularly where they are raised by one of the parties to the proceedings, must genuinely be taken into account by the requested court. That court must then make a decision that is sufficiently reasoned on this point, in order to enable the Court to ascertain that those questions have been effectively examined. Secondly, those factors must be evaluated in the light of Article 8 of the Convention.

83. Lastly, Article 8 of the Convention imposes on the domestic authorities a particular procedural obligation in this respect: when assessing an application for a child's return, the courts must not only consider arguable allegations of a "grave risk" for the child in the event of return, but must also make a ruling giving specific reasons in the light of the circumstances of the case. Both a refusal to take account of objections to the return capable of falling within the scope of Articles 12, 13 and 20 of the Hague Convention and insufficient reasoning in the ruling dismissing such objections would be contrary to the requirements of Article 8 of the Convention and also to the aim and purpose of the Hague Convention. Due consideration of such allegations, demonstrated by reasoning of the domestic courts that is not automatic and stereotyped, but sufficiently detailed in the light of the exceptions set out in the Hague Convention, which must be interpreted, is necessary. This will also enable the Court, whose task is not to take the place of the national courts, to carry out the European supervision entrusted to it.

Le 9 septembre 2019

Patrick Kinsch