

07/09/2021

**Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme
ayant trait au droit international privé (2020-2021)**

Aucune avancée majeure de la jurisprudence n’a eu lieu au cours de la période couverte par le présent rapport. On présentera un arrêt ayant trait (selon la Cour) au problème du droit d’accès à un tribunal pour faire juger un litige dépourvu de liens avec l’Etat du for, l’arrêt *Ali Rıza c. Suisse* (I) puis une affaire ayant trait à la non-reconnaissance en Islande d’une filiation résultant d’une gestation pour autrui en Californie, l’affaire *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande* (II), et enfin un certain nombre d’affaires d’enlèvement international d’enfants (III).

I. – Refus d’accès aux tribunaux dans une affaire dépourvue de liens avec l’Etat du for (selon l’analyse de la Cour européenne)

L’affaire *Ali Rıza c. Suisse* (arrêt du 13 juillet 2021, n° 74989/11) concerne un contentieux d’ordre pécuniaire entre un joueur de football ayant la double nationalité turque et britannique et son club de football turc (le club Trabzonspor Kulübü Derneği), porté par le requérant devant le Tribunal Arbitral du sport avec siège à Lausanne mais dont celui-ci a estimé ne pas pouvoir connaître ; le Tribunal fédéral suisse a par la suite rejeté le recours en annulation contre la sentence.

En l’occurrence, le contentieux entre le requérant et son club de football turc avait été porté par le club d’abord devant le Comité de résolution des litiges, interne à la Fédération de football turque, puis (par le requérant) en appel devant le Comité d’arbitrage de la même Fédération. La compétence de ces organes de la Fédération de football turque était prévue par la loi turque, ce qui en faisait un arbitrage forcé soumis à ce titre aux garanties de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme ; le requérant, qui n’avait pas obtenu gain de cause devant le Comité d’arbitrage, a introduit une requête devant la Cour européenne contre la Turquie qui aboutit à un arrêt constituant une violation de la Convention (arrêt du 28 janvier 2020, *Ali Rıza et autres c. Turquie*, n^{os} 30226/10 et quatre autres). La Cour jugea en effet que l’organe d’arbitrage n’était pas réellement indépendant des organes de la Fédération de football assurant la représentation des clubs de football.

Entre-temps, le requérant avait toutefois saisi le Tribunal Arbitral du Sport d’un recours contre la sentence du Comité d’arbitrage turc.

Comme on le sait, le Tribunal Arbitral du Sport (« TAS ») n’est pas une autorité étatique, par exemple de droit suisse, mais une institution d’arbitrage privée placée sous l’égide de la Fondation pour l’arbitrage international en matière de sport, créée par « les plus hautes autorités représentant le monde du sport » (selon l’historique du

TAS sur son site internet : www.tas-cas.org). Les sentences rendues par des arbitres siégeant en Suisse sont toutefois sujettes au recours en annulation devant le Tribunal fédéral suisse, conformément à la loi suisse de droit international privé. En 2018, l'affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse* (présentée à la réunion de Katowice) avait déjà donné l'occasion à la Cour européenne d'affirmer son contrôle, non pas directement sur les procédures devant le TAS, mais sur les résultats du contrôle étatique assuré par la Suisse, Etat contractant à la Convention européenne des droits de l'homme (suivant une logique proche de l'arrêt *Pellegrini c. Italie* de 2000, en matière de reconnaissance par l'Italie de jugements ecclésiastiques).

Le TAS s'estima incompétent pour connaître du recours du requérant, au motif que la base contractuelle de compétence invoquée – le règlement sur le comité d'arbitrage de la Fédération de Football Turque – prévoyait que toute opposition aux décisions du Comité d'arbitrage pour des litiges découlant notamment de contrats de sportifs, *pour autant qu'ils présentent un élément international*, pouvait être soumise au TAS. Or, jugea le TAS, le litige ne présentait aucun élément international ; s'il était vrai que le requérant avait, outre la nationalité turque, également la nationalité britannique, l'objet du litige était interne à la Turquie, puisqu'il n'impliquait aucun transfert vers un club hors de Turquie et qu'aucun club étranger n'était impliqué dans le litige lui-même. S'agissant de la double nationalité du requérant, le TAS estima que la nationalité effective du requérant était turque en ce qui concerne le litige en question.

Devant le Tribunal fédéral suisse, saisi d'un recours contre la sentence d'incompétence, le requérant fit grief au TAS de l'avoir débouté sans avoir tenu une audience publique, et d'avoir pris une décision arbitraire sur sa propre compétence. Le Tribunal fédéral rejeta ce recours, ce qui déclenchera la requête du requérant contre la Suisse.

La Cour européenne des droits de l'homme finit par rejeter les moyens du requérant tant en ce qui concerne le défaut d'audience publique (§ 119 : « L'objet du litige devant le Tribunal fédéral portait uniquement sur la compétence et la recevabilité du recours devant le TAS. Or, la Cour partage l'avis du Gouvernement selon lequel la question de la compétence du TAS constituait une question juridique hautement technique, au sens de la jurisprudence précitée, qui pouvait être valablement résolue sans le recours à une audience ») qu'en ce qui concerne le prétendu non-respect du principe d'égalité des armes (§§ 121 et s.), et aussi le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Convention fondé sur le droit d'accès à un tribunal. C'est cet aspect qui peut intéresser plus particulièrement les membres du Gedip.

Ce grief du requérant était fondé sur le fait que « son droit d'accès à un tribunal a été violé, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, du fait qu'il n'ait pu porter son litige devant un tribunal impartial et indépendant ni en Turquie, ni en Suisse. En effet, il estime que les instances nationales turques ne remplissaient pas ces deux critères et il rappelle que le litige n'a pas été tranché sur le fond ni par le TAS ni par le Tribunal fédéral » (§ 67). La Cour examine ce grief en répondant successivement aux questions qui suivent : « (i) Quel est l'objet du litige à trancher par la Cour ? (ii) Le requérant pouvait-il se prévaloir d'un droit d'accès à un tribunal vis-à-vis de la Suisse ? (iii) Le

requérant a-t-il subi une limitation du droit d'accès ? (iv) La limitation du droit était-elle justifiée ? » (§ 78).

Quant à la question (i), elle estime que la procédure devant le TAS, suivie de celle devant le Tribunal fédéral, était une procédure détachable de la procédure que le requérant a menée devant les instances de la Fédération de Football Turque. Vient ensuite l'examen de la question (ii), « L'existence d'un droit d'accès vis-à-vis de la Suisse » :

« 81. La Cour exprime certains doutes concernant la question de savoir si le requérant peut se prévaloir d'un droit d'accès à un tribunal vis-à-vis de la Suisse, dans la mesure où le litige qui fait l'objet de la présente requête ne présentait qu'un lien extrêmement tenu avec l'État défendeur. Elle précise à cet égard que la procédure menée devant les instances de la FFT [Fédération de Football Turque] n'avait a priori pas de lien avec les juridictions suisses et ne revêtait pas d'élément international. Au contraire, elle concernait un litige entre le requérant, joueur de football turc (possédant certes également la nationalité britannique), d'une part, et un club de football turc et la FFT, d'autre part. Par ailleurs, le droit en vigueur à l'époque des faits prévoyait que les sentences du Comité d'arbitrage étaient définitives et exécutoires. Dès lors, il n'existait pas de droit de recours au TAS et, partant, la procédure devant celui-ci ne pouvait pas être considérée comme faisant partie de la procédure d'arbitrage forcé devant les instances de la FFT.

82. Par ailleurs, comme constaté par la Cour dans l'affaire Ali Rıza, précitée, le requérant avait droit à un tribunal indépendant et impartial en Turquie. Le fait qu'il ne pouvait pas l'exercer effectivement, ce qui a mené au constat de violation par la Cour, ne veut pas dire qu'un recours au TAS devait nécessairement être ouvert. Cela étant, on ne saurait prétendre que la Suisse, à la suite des failles dans la procédure en Turquie, était obligée de garantir une procédure devant un tribunal indépendant et impartial en Suisse. En d'autres termes, les manquements de la Turquie constatés par la Cour n'engageaient pas automatiquement la responsabilité de la Suisse.

83. Toutefois, la Cour estime pouvoir laisser en suspens la question de savoir si le requérant pouvait se prévaloir d'un droit d'accès à un tribunal vis-à-vis de la Suisse, étant donné que l'allégation de violation de ce grief s'avère infondée pour les raisons qui suivent ».

Ayant laissé cette question, en définitive, en suspens¹, la Cour juge qu'« [à] supposer que le requérant ait pu se prévaloir d'un droit d'accès à un tribunal vis-à-vis de la Suisse, la Cour estime que le requérant a en effet subi une limitation de son droit d'accès dans la mesure où le TAS s'est déclaré incompétent pour connaître du litige l'opposant au Club et à la FFT, incompétence confirmée par le Tribunal fédéral » (§ 84). Cependant, cette restriction s'avère justifiée ; là encore, la Cour souligne que le litige à la base de la requête ne présentait qu'« un lien extrêmement tenu avec l'État

¹ Sans doute en raison d'une division profonde d'opinion entre les juges ; voir la références aux opinions individuelles ci-dessous.

défendeur, que les sentences du Comité d'arbitrage turc étaient définitives et exécutoires, que la procédure devant le TAS ne faisait pas partie d'une procédure d'arbitrage forcé et que le requérant avait droit à un tribunal indépendant et impartial en Turquie » [droit qui a toutefois été violé, ainsi que la Cour l'a constaté dans son arrêt *Ali Rıza c. Turquie*].

La Cour estime que tant la décision d'incompétence du TAS que la décision sur recours du Tribunal fédéral sont défendables, ce que la Cour vérifie dans les limites d'une espèce de contrôle minimum dont le résultat est que « les décisions du TAS et du Tribunal fédéral ne sont ni arbitraires ni manifestement déraisonnables » (§ 96).

La conclusion est la suivante :

« 97. Compte tenu de ce qui précède, et étant donné le lien extrêmement tenu entre le litige du requérant et la Suisse, ainsi que la spécificité de la procédure devant le TAS et le Tribunal fédéral (voir dans ce sens, *Bakker c. Suisse* (déc.), no 7198/07, § 40, 3 septembre 2019), la limitation au droit d'accès à un tribunal n'était pas disproportionnée au but poursuivi, à savoir la bonne administration de la justice et l'effectivité des décisions judiciaires internes. Dès lors, ce droit n'était pas atteint dans sa substance même.

98. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention quant au droit d'accès à un tribunal ».

Observations :

1. La motivation de l'arrêt ne paraît pas exempte d'aspects problématiques. L'arrêt ne semble pas vraiment tenir compte du fait que le TAS n'est pas une institution suisse et qu'en tant qu'institution arbitrale privée, il n'est pas lié par la Convention, aussi peu que l'étaient les institutions juridictionnelles ecclésiastiques qui étaient en cause dans l'affaire *Pellegrini* de 2000. La compétence du TAS est définie par des normes privées, et personne n'a soutenu devant la Cour que la Suisse aurait dû mettre à la disposition du requérant ses propres tribunaux étatiques en cas d'incompétence du TAS. D'où le caractère (à mon avis) assez théorique de la discussion de « l'existence d'un droit d'accès vis-à-vis de la Suisse ».

Abstraction faite de ces doutes sur la pertinence de l'existence d'un droit d'accès vis-à-vis de la Suisse, on constatera que l'esquisse d'une réponse au fond donnée aux §§ 81 à 83 de l'arrêt (cités ci-dessus) à cette question ressemble à la réponse que la Cour donna, dans l'affaire *Naït-Liman c. Suisse [GC]* de 2018 (arrêt du 15 mars 2018, n° 51357/07, présenté à la réunion d'Anvers) à la question de l'admissibilité des limites mises par les Etats à la saisine de leurs tribunaux dans des circonstances caractérisées par l'absence de liens suffisants entre le for et le litige. Bien entendu, la présente affaire est une affaire civile ordinaire et non, comme l'affaire *Naït-Liman*, une affaire dirigée contre un Etat étranger et fondée sur des faits de torture, mais le raisonnement est similaire et aboutit à affirmer que cette restriction est légitime.

2. On notera la présence d'une opinion concordante des trois juges qui critiquent précisément l'approche par la Cour de la question de savoir si le requérant « pouvait se prévaloir d'un droit d'accès à un tribunal vis-à-vis de la Suisse », et qui fait valoir

que ce droit d'accès existait effectivement, mais uniquement en tant que la Suisse était tenue de respecter la Convention **puisque'elle est responsable du recours devant le tribunal fédéral** en tant que juridiction de supervision du TAS. Cette critique paraît justifiée.

Un juge (P. Lemmens) a contribué une opinion partiellement dissidente et partiellement concordante, qui ne fait pas distinction entre l'ordre juridique suisse lui-même et le TAS et qui, se concentrant sur la question de savoir si le requérant relevait de la « juridiction » de la Suisse (mais la « juridiction » n'a rien à voir avec la compétence des tribunaux), aboutit à des conclusions qui me paraissent peu pertinentes.

En définitive, tout en représentant l'arrêt de la Cour, la motivation citée ci-dessus sur « L'existence d'un droit d'accès vis-à-vis de la Suisse » n'a le soutien que de trois juges sur sept.

II. – Non-reconnaissance en Islande d'une gestation pour autrui californienne

L'arrêt *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande*, arrêt du 18 mai 2021, n° 71552/17, est une application, à un Etat nordique, de la jurisprudence *Menesson c. France*. Si on a égard aux affaires actuellement pendantes devant la Cour et communiquées aux gouvernements défendeurs², on se rend compte que des affaires de GPA à l'étranger sont actuellement pendantes contre le Danemark, la Norvège et la Pologne ; ces affaires donneront certainement lieu à l'une ou l'autre décision de la Cour qui méritera d'être rapportée devant le Gedip.

L'arrêt concerne une situation où *aucun* des parents d'intention n'a de lien génétique avec l'enfant (contrairement aux affaires françaises, *Menesson* et autres). Cependant – et contrairement à l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC] de 2017, présentée à la réunion de Hambourg, dans laquelle la Grande Chambre de la Cour avait même accepté un traitement dur de ce type de situation par les autorités italiennes, lesquelles avaient séparé l'enfant de ses parents d'intention – en l'espèce les autorités islandaises avaient eu une attitude accommodante à l'égard des requérants : au refus de reconnaître les effets juridiques de la filiation constatée à l'étranger n'avait pas pour autant correspondu la séparation de l'enfant de ses parents d'intention, mais au contraire une décision de le leur confier en tant qu'enfant accueilli par eux. Cette attitude accommodante a été acceptée par la Cour.

Étaient en cause deux mères d'intention, mariées entre elles à l'époque de la gestation pour autrui mais divorcées depuis lors, ainsi que l'enfant représenté par une administratrice nommée en justice. L'enfant était né d'une gestation pour autrui en Californie laquelle a donné lieu à l'établissement d'un acte d'état civil public selon lequel les deux premières requérantes étaient ses mères ; biologiquement cependant,

² Disponibles sur le site HUDOC de la Cour européenne des droits de l'homme, onglet « Affaires communiquées », mot-clé « Menesson » (une référence à cette affaire est caractéristique de ces affaires).

l'enfant était né de dons de gamètes tant masculins que féminins (il n'existe donc aucun lien biologique entre l'enfant et l'une quelconque de ses mères d'intention).

Le registre central de l'état civil islandais a refusé la transcription de l'acte de naissance californien, ce qui entraînait que l'enfant était considéré en Islande comme un mineur non accompagné. Sur ce, les autorités municipales de la résidence des mères d'intention adoptèrent une attitude pragmatique, dans l'intérêt de l'enfant : elles lui firent nommer un administrateur judiciaire pour le représenter mais le placèrent pour le surplus en famille d'accueil auprès des deux mères d'intention. La nationalité islandaise fut conférée à l'enfant par une loi spéciale.

Les mères d'intention et l'enfant représenté par son administratrice introduisirent devant le tribunal de Reykjavik un recours contre la décision de refus de la reconnaissance de l'acte de naissance californien.

Entre-temps, les mères d'intention divorcèrent et se remarièrent, chacune de son côté, avec des personnes tierces. Les autorités d'Islande restèrent pragmatiques ; elles décidèrent qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de le confier à une nouvelle famille d'accueil constituée par M^{me} Fjölnisdóttir, première mère d'intention et par la personne avec laquelle elle s'était remariée (pour le détail, voir le § 12 de l'arrêt : avant son placement définitif dans cette famille d'accueil, les autorités avaient temporairement placé l'enfant auprès de la première mère d'intention puis auprès de la deuxième mère d'intention), tout en décidant que les droits égaux d'accès étaient conférés à la deuxième mère d'intention.

Sur le plan juridique, le recours des requérantes devant le tribunal de Reykjavik échoua [ce qui n'eut aucun effet sur le placement de l'enfant en famille d'accueil auprès de l'une ou de l'autre mère d'intention]. Le tribunal, confirmé dans cette décision par la Cour suprême, décida que la gestation pour autrui étant interdite par la loi islandaise, la reconnaissance d'une gestation pour autrui opérée en Californie avait été refusée à juste titre par l'autorité centrale de l'état civil, qui était en droit de « *refuse to recognise family ties which had been established in a manner contrary to the fundamental principles of Icelandic family law. In this regard, the Supreme Court held that neither the first nor the second applicant could be considered to have been the third applicant's mother at the time of his birth, under Icelandic law* » (§ 23).

Recours des requérants contre l'Islande devant la Cour européenne. (Le recours a donné lieu à des tierces interventions, considérées comme recevables par la Cour, de l'ONG polonaise Ordo Iuris, « Institut Ordo Iuris pour la Culture Juridique », promouvant des valeurs « traditionnelles » d'un côté et de l'ONG AIRE, Centre Advice for Individual Rights in Europe, de l'autre).

La Cour rejette les griefs fondés sur l'article 8 de la Convention (droit au respect de la vie familiale). Certes, elle retient qu'il existe en l'espèce une vie familiale effective entre l'enfant et ses deux mères d'intention, contrairement à ce qui avait été le cas dans l'affaire *Paradiso et Campanelli* [2017]. Cependant, l'ingérence dans le droit au respect de la vie familiale était justifiée : les Etats bénéficient d'une large marge d'appréciation en matière de reconnaissance de gestation pour autrui, question sur laquelle il n'existe pas de consensus au sein du Conseil de l'Europe et qui donne lieu

à des questions morales et politiques délicates. L'ingérence pouvait être considérée comme proportionnée en l'espèce, étant donné que les autorités islandaises avaient pris des mesures assurant que dans les faits, la vie familiale entre les mères d'intention et l'enfant pouvait se développer au moyen du placement en famille d'accueil auprès des mères d'intention, faute de reconnaissance de la filiation telle qu'elle résultait de l'acte d'état civil californien. Même après le divorce des deux mères d'intention, les autorités islandaises avaient fait tout ce qu'elles pouvaient pour permettre à l'enfant de vivre avec ses deux mères d'intention. Les autorités islandaises auraient même été prêtes à permettre l'adoption de l'enfant par ses mères d'intention ou, après leur divorce, par l'une des deux mères d'intention, le cas échéant avec la personne avec laquelle elle s'était remariée. En plus, l'Etat islandais a octroyé sa nationalité à l'enfant, si bien que celui-ci ne rencontrait aucune difficulté dans la vie pratique :

« 74. The Court [...] notes the Government's submission that either the first or the second applicant may still apply to adopt the third applicant, as individuals or together with their new spouses. Although mindful of the practical problems that might arise due to the fact that only one of the first two applicants can be permitted to adopt the child, the Court takes this possibility into account in its holistic examination of the necessity of the interference, in particular as regards the Article 8 rights of the child, the third applicant.

75. Considering all of the above, in particular the absence of an indication of actual, practical hindrances in the enjoyment of family life, and the steps taken by the respondent State to regularise and secure the bond between the applicants, the Court concludes that the non-recognition of a formal parental link, confirmed by the judgment of the Supreme Court, struck a fair balance between the applicants' right to respect for their family life and the general interests which the State sought to protect by the ban on surrogacy. The State thus acted within the margin of appreciation which is afforded to it in such matters. There has accordingly been no violation of Article 8 of the Convention with regard to the applicants' right to respect for their family life ».

Dans son examen « holistique » de la nécessité de l'ingérence, la Cour européenne des droits de l'homme approuve ainsi l'approche résolument pragmatique des autorités islandaises. La conséquence en est que le refus de la reconnaissance des effets *juridiques* de la situation constituée en Californie est accepté et n'est pas remis en cause.

On voit qu'ainsi, du moins pour l'instant, une approche dogmatique de la question, même sous l'angle des droits de l'homme (et plus encore une approche sous l'angle du droit international privé qui est complètement étrangère à l'approche de la Cour) ne correspond pas à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Certains ne s'en satisfont pas ; le juge belge P. Lemmens dans son opinion concordante exprime l'espoir que dans l'avenir, la Cour prendra une position de principe sur l'obligation de reconnaissance d'une filiation par GPA à l'égard de deux personnes dont aucune n'est le père ou la mère biologique de l'enfant (« 6. *The scope of the child's right to the establishment of a legal parent-child relationship, an element of its*

right to respect for private life, must be left for further consideration in another case »), mais il est seul à exprimer cette opinion.

Référence bibliographique : l'arrêt *Fjölfnisdóttir* a donné lieu à publication, sur conflictoflaws.net, d'instructives « Conversations on transnational surrogacy and the ECtHR case *Valdís Fjölfnisdóttir and Others v. Iceland* (2021) » par Ivana Isailovic et Alice Margaria, dans une perspective féministe et, en ce qui concerne I. Isailovic, marxiste-féministe. Elles font apparaître l'arrêt comme conservateur, mais prévisible compte tenu des réalités (Margaria), voire comme expression de la pensée bourgeoise dominante (Isailovic).

III. – Affaires d'enlèvement international d'enfants

a) Les affaires traitées par la Cour pendant la période sous rapport relèvent toutes de la catégorie des recours pour violation de l'obligation positive des Etats contractants de favoriser le retour de l'enfant conformément aux textes internationaux applicables, ceci afin de garantir le droit du parent qui subit l'enlèvement de l'enfant au rétablissement de la vie familiale entre lui ou elle et son enfant. Aucun des arrêts rendus ne concerne la situation, symétrique, du parent auteur de l'enlèvement qui fait valoir que son droit à la vie familiale avec son enfant aurait été méconnu du fait de la mise en œuvre des procédures tendant à remédier à l'enlèvement.

Les textes internationaux pertinents étaient, au cours de la période en question, principalement la Convention de la Haye de 1980. Une décision (*Shagalova et Shagalov c. Norvège*, décision du 10 décembre 2000, n° 19954/20) est plus originale ; le texte applicable était la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Cette décision, purement factuelle, n'apporte cependant rien en termes de confrontation du droit international privé à la Convention.

Le règlement *Bruxelles II bis* n'a pas été appliqué dans l'une des affaires jugées en 2020-2021. Il n'est que mentionné, dans la section « Relevant International and Comparative Law », dans l'arrêt *M.V. c. Pologne* (arrêt du 1^{er} avril 2021, n° 16202/14), comme représentant le « European Union Law », et un résumé de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en matière de détermination de la résidence habituelle des enfants mineurs est donné dans cette section ; toutefois le seul texte réellement appliqué dans cette affaire était la Convention de la Haye de 1980, si bien que ces références à la jurisprudence de la CJUE relèvent de l'érudition pure (des membres du service de documentation de la Cour).

Les deux affaires relativement les plus intéressantes sont l'affaire *Thompson c. Russie* (b ci-dessous) et *Y.S. et O.S. c. Russie* (c ci-dessous). Après les avoir présentées, je mentionnerai les affaires moins originales (d).

b) *Thompson c. Russie*, arrêt du 30 mars 2021, n° 36048/17.

Couple d'un Britannique et d'une Russe vivant en Espagne avec sa fille de trois ans. La mère enlève l'enfant en Russie, le père ne réussit pas à obtenir son retour des

autorités russes. Résultat : constat de la violation des obligations positives de la Russie à l'égard du père.

Intéressant : la raison du non-retour tient à un désaccord du tribunal de Saint Pétersbourg avec le principe même du retour de l'enfant tel qu'il résulte de la Convention de La Haye de 1980 lorsque l'enfant est un enfant en bas âge et qu'il a été enlevé par sa mère. Le tribunal fait référence au Principe n° 6 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1959, résolution 1387 (XIV) – texte de *soft law* qui reflète son époque (les années 1950), mais que le tribunal de Saint Pétersbourg considère visiblement comme toujours pertinent ; aux termes de ce texte :

« L'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, a besoin d'amour et de compréhension. Il doit, autant que possible, grandir sous la sauvegarde et sous la responsabilité de ses parents et, en tout état de cause, dans une atmosphère d'affection et de sécurité morale et matérielle ; **l'enfant en bas âge ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, être séparé de sa mère. ...**»

Comme le relate le § 18 de l'arrêt :

« Relying on Article 38 of the Constitution of the Russian Federation, Articles 63 § 1 and 65 § 1 of the Family Code of the Russian Federation, Principle 6 of the UN 1959 Declaration of the Rights of the Child and Article 3 § 2 of the United Nations 1989 Convention on the Rights of the Child, the City Court agreed with the first applicant that discrimination against fathers was unacceptable. It noted, however, that the best interests of the child were of the utmost importance in every case, and that the District Court had reached its decision on the basis of that principle. Relying further on Articles 15 § 4, 17 § 1 and 18 of the Russian Constitution, the City Court held that the provisions of Principle 6 of the UN 1959 Declaration of the Rights of the Child were reasonable and justified and could therefore be applied to the dispute between the parties. Therefore, the exceptions to the immediate return of a child under Articles 13 (b) and 20 of the Hague Convention allowed for the conclusion that there were no grounds for granting the first applicant's claims. The return of the child without the mother was unacceptable and would run contrary to the goal of securing the child's best interests. »

La Cour européenne n'est pas d'accord avec cette approche des juridictions nationales russes, dont elle estime qu'elle n'est pas compatible avec la Convention de la Haye de 1980 : celle-ci ne permet pas de prévoir ce type d'exception *systématique* au principe de retour de l'enfant après enlèvement par la mère d'un enfant en bas âge :

« 71. The Court further considers that the domestic courts' reliance on Principle 6 of the United Nations 1959 Declaration in the assessment of the "grave risk" exception under Article 13 (b) of the Hague Convention despite the fact that the second applicant had been wrongfully removed by her mother and in disregard of other international instruments, such as the European Convention, the Convention on the Rights of the Child and the Hague

Convention, is unacceptable. This approach was tantamount to a finding by the domestic courts that the option of returning very young children who have been abducted by their mothers is not necessarily envisaged under the Hague Convention, a conclusion that is contrary to the letter and spirit of that Convention. »

L'opinion dissidente du Russe Dedov est intéressante, puisqu'il remet en cause lui aussi l'approche même sur ce point de la Convention de la Haye de 1980 :

« I [...] believe that the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (“the Hague Convention”) is not sensitive to (i) the young age of certain minors; (ii) their natural emotional attachment to their mothers; (iii) the vulnerable position of mothers residing in a foreign country; (4) the limited possibility for foreign mothers to be granted a residence order so to live together with their children after a divorce. This discriminatory practice against women continues, and the victims are left without the protection of human-rights mechanisms.

2. The women concerned could be safe only if they are integrated into the foreign society in question, if they have become independent and give birth only once they have attained a strong position in the family. However, such confident women do not need the Hague Convention. Miraculously, the Hague Convention was adopted when States started to open their borders and many women from developing countries (mostly from the former communist regimes) followed their husbands to find a better life abroad. They were not familiar with the principles of western feminism and relied completely on their husbands, believing that their major role was to become a mother and to create a united family. They were disappointed. I have never seen a former husband voluntarily propose shared custody of the children and the provision of financial support after family life is ruined. This is a typical story for many women who then become very vulnerable, and the Hague Convention plays against them.

3. Moreover, I believe that the Hague Convention and the Strasbourg Convention have never been in harmony with each other. In determining child custody after a divorce (this issue inevitably arises once the child must be returned to the country of origin) the Hague Convention sets out a much higher threshold than the European Convention on Human Rights. *[suivent des explications détaillées]*

...

5. In the same vein as the Hague Convention, in paragraph 71 of the present judgment the Court criticises the national courts' reliance on Principle 6 of the United Nations 1959 Declaration of the Rights of the Child, which provides that a child of tender years should not be separated from the mother. In the Court's view, since the mother “wrongfully removed” the child, their separation is inevitable, regardless of the child's young age. Obviously, the

Hague Convention operates here in favour of the father, without taking into account the child's best interests and completely ignoring the vulnerable situation of the mother, who would be separated from her child and would lose her custodial rights immediately after the child's return. In my view, with a view to ensuring effective rather than merely theoretical equality between the parents, the international community should amend the Hague Convention so as to provide protective measures for women after a child has been returned. In so far as possible, shared custody should be guaranteed for both parents and the mother should receive financial support. The Court's case-law regarding child custody should also be developed to take account of the vulnerable position of mothers in this situation. The national authorities in the present case were mindful of the mother's situation. However, the Hague Convention, running counter to the European Convention on Human Rights, does not allow for the protection of vulnerable persons.

6. I wonder when European civilisation lost its sense of humanity? The concept of human rights cannot be completely rational and bereft of any moral element. Antoine de Saint-Exupéry's phrase "Tu deviens responsable pour toujours de ce que tu as apprivoisé" corresponds to the responsibility of a man who attracts a woman and invites her to a different world, and who should therefore bear responsibility for the well-being of his wife and their child. Therefore, certain guarantees should be institutionalised and provided to vulnerable persons before their return. »

c) *Y.S. et O.S. c. Russie*, arrêt du 15 juin 2021, n° 17665/17

Cet arrêt a trait au droit international privé (plus précisément à la Convention de la Haye de 1980), mais surtout à des événements dramatiques du monde (du monde réel ?). Il concerne la décision des tribunaux russes d'ordonner le retour d'un enfant à Donetsk, capitale de ce que des rebelles russophones locaux appellent la « République populaire de Donetsk », entité sans reconnaissance internationale officielle (même pas de la part de la Russie) qui contrôle de fait une partie du Donbass ukrainien et qui est le centre de conflits armés au moins sporadiques.

Situation d'origine : un père ukrainien et une mère, à l'origine également ukrainienne, vivent avec leur enfant à Donetsk du temps où cette ville est paisible. Mésentente entre les parents ; la mère part en Russie en 2013 (avant les événements à Donetsk qui eurent lieu en 2014). En 2015, elle demande en Russie une autorisation de séjour pour sa fille. Elle enlève sa fille de Donetsk vers la Russie au début de 2016, puis renonce à la nationalité ukrainienne pour elle-même et sa fille et demande la nationalité russe.

Le père de son côté introduit devant les autorités ukrainiennes une demande en retour de l'enfant fondée sur la Convention de la Haye de 1980 ; dans sa requête il indique un changement de domicile de sa part vers Kramatorsk (dans la partie de l'oblast de Donetsk contrôlée par l'Ukraine). Les autorités centrales ukrainiennes transmettent la demande en retour de l'enfant aux autorités russes. Au cours du procès devant le tribunal russe, le père indique cependant aux autorités judiciaires russes que son domicile privé reste à Donetsk et que Kramatorsk est simplement son lieu de travail.

Le tribunal russe ordonne le retour de l'enfant à Donetsk, malgré l'argumentation de la mère qui a fait valoir une exception au principe du retour de l'enfant prévue par l'article 13 (b) de la Convention de la Haye : l'exception relative au « risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable ». Pour le tribunal russe, ce risque-là n'est pas donné, puisque le conflit armé sporadique autour de Donetsk n'est pas une situation qui concernerait individuellement cet enfant-là.

La Cour, saisie par la mère de l'enfant d'un recours contre la Russie³ (donc l'Etat dont émanait l'ordre de retour de l'enfant à Donetsk) n'est pas d'accord avec cette appréciation et estime qu'au sens de l'article 13 b) de la Convention de la Haye, l'enfant courait un risque grave que le tribunal russe aurait dû prendre en considération pour refuser d'ordonner son retour :

« 98. The Court notes that the reasoning of the District Court related to the assessment of the gravity of the security situation in the place of the second applicant's habitual residence in Ukraine – Donetsk – was rather scarce. So was the District Court's assessment of the impact of this general security situation on the second applicant and of whether the level of such impact was sufficient to engage the “grave risk” exception under Article 13 (b) of the Hague Convention. In reaching the conclusion as to the absence of “a very serious risk of harm to the child”, the District Court did not take into account or rely on any Government reports, official documents from international organisations closely following the situation in Donetsk and/or travel advice detailing the security situation there at the material time. The Court cannot but observe at the same time that the situation in Donetsk could be easily ascertained by a wide number of sources, which unanimously attested to serious human rights violations and abuses in eastern Ukraine of which Donetsk was part, including thousands of conflict-related civilian casualties and deaths counting both adults and children, the vast majority of which had been caused by shelling, including from artillery and large-caliber mortars (see paragraphs 48-52 above). Nor did the District Court assess whether or not the circumstances pertaining in Donetsk at that time had been more than isolated incidents in an unsettled political environment to reach the threshold for “grave risk”. It failed to consider the views of the second applicant expressed in the report of 21 July 2016 by the chief inspector of the local childcare authority, which mentioned, in particular, that she was afraid to return to Donetsk because she feared gunfire and exploding bombs (see paragraph 31 above), and therefore supported the argument that she would be at risk in the place where she was to be returned. Furthermore, the text of the District Court's judgment remained silent on the availability of adequate and effective measures in the State of the second applicant's habitual residence – Ukraine – to prevent or mitigate the alleged “grave risk” upon the child's return, whether the parent left behind, A.S., could provide safety measures and whether the

³ Le gouvernement ukrainien, intervenant devant la Cour, estime que c'est à tort que le retour de l'enfant à Donetsk a été ordonné : il y a un conflit militaire à Donetsk, et de surcroît il n'existe pas de contrôle par les autorités ukrainiennes ni de garanties d'application sérieuse de la Convention de La Haye par les « autorités » de la « République populaire de Donetsk ».

first applicant would have timely access to justice and court proceedings following the second applicant's return.

99. Having regard to the foregoing, the Court considers that the "grave risk" allegation capable of constituting an exception to the second applicant's return in application of Article 13 (b) of the Hague Convention was not genuinely taken into account by the Russian courts and that their decisions dismissing the first applicant's objections were not sufficiently reasoned in order to enable the Court to ascertain that those questions were effectively examined and evaluated in the light of Article 8 of the Convention.

100. For these reasons, the Court concludes that the applicants suffered a disproportionate interference with their right to respect for their family life in that the decision-making process under domestic law did not satisfy the procedural requirements inherent in Article 8 of the Convention, the District Court having failed to carry out an effective examination of the applicants' allegations under Article 13 (b) of the Hague Convention. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention. »

Trois juges (le juge russe, mais aussi le juge belge et la juge espagnole) expriment leur désaccord avec ce désaccord :

« The District Court [...] held in the first place that "occasional military actions in various settlements in Ukraine did not as such constitute an exception relating to a very serious risk of harm to the child", and that the alleged risk "was not individual to the child, but rather a general consequence of living in a conflict zone" (ibid.). We find this a reasonable answer to the first applicant's argument. Not every risk constitutes a legitimate reason for not ordering the return of the child. As the majority acknowledge, the exception provided for in Article 13, first paragraph (b), of the Hague Convention "concerns only the situations which go beyond what a child might reasonably bear" (see paragraph 95 of the judgment, repeating what the Court stated in *X v. Latvia*, cited above, § 116). It is therefore necessary to assess the impact of the security situation on the health and well-being of the second applicant, or in other words to examine whether she ran an "individual" risk. »

d) Les autres affaires ne sont rappelées que pour mémoire :

Makhmudova c. Russie, arrêt du 1^{er} décembre 2020, n° 61984/17. Couple composé d'une Estonienne et d'un Russe. Enlèvement de deux enfants par le père d'Estonie en Russie. Inefficacité des mesures d'exécution prises en Russie sur demande des autorités estoniennes fondées sur la Convention de La Haye. Violation des obligations positives de la Russie de protéger les droits de la requérante au regard de l'art. 8.

Oleg Vladyslavovych NERIVNYA c. Ukraine, décision du 18 février 2021, n° 36525/19 : pas d'apparence d'une violation des obligations positives découlant de l'art. 8 au profit du père russe après enlèvement des enfants vers l'Ukraine. Les autorités ukrainiennes étaient réactives.

M.V. c. Pologne, arrêt du 1^{er} avril 2021, n° 16202/14.

Père italien, mère polonaise. Enfant enlevé d'Italie par la mère ; père auteur de violences domestiques.

Inefficacité de la justice polonaise, délais excessifs dans l'examen de la procédure fondée sur la Convention de La Haye. Violation de l'art. 8 au détriment du père. Mais (élément de motivation assez classique) :

« 82. Lastly, the Court observes that, as the child lost contact with his father in his infancy and has ever since lived with his mother in Poland, the present judgment should in no way be interpreted as suggesting that the respondent State should order the child's return to Italy. »

Le 7 septembre 2021

Patrick Kinsch