

# Un régime fondé sur la charia peut-il être compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme ?<sup>1</sup>

## Can a regime based on Sharia be compatible with the European Convention on Human Rights?

François Xavier\*

### Résumé

*L*a présente contribution entend comparer le raisonnement développé par la Cour européenne des droits de l'homme dans deux arrêts qu'elle a rendus au cours de l'année 2018, à savoir les arrêts *Fondation Zehra et autres contre Turquie* du 10 juillet 2018 et *Molla Sali contre Grèce* du 19 décembre 2018. Les deux arrêts traitent de la question de la compatibilité avec la Convention d'un régime juridique fondé sur la charia sous des angles différents. Dans l'arrêt *Fondation Zehra*, la Cour rappelle l'incompatibilité entre le fait de soutenir un régime fondé sur la charia et les valeurs sous-tendant la Convention et plus généralement les droits de l'homme. Dans l'arrêt *Molla Sali*, la Cour, confrontée à un cas d'application concrète de règles issues de la charia en Grèce, va poser les conditions à respecter pour créer un statut spécial renvoyant à la charia. Cette contribution entend concilier les enseignements de ces deux arrêts, qui tirent l'un comme l'autre leur origine de la célèbre affaire *Refah Partisi et autres contre Turquie*.

### Abstract

*T*his contribution aims to compare the reasoning developed by the European Court of Human Rights in two judgments it delivered in 2018, namely *Zehra Foundation and others v. Turkey* (10 July 2018) and *Molla Sali v. Greece* (19 December 2018). Both judgments deal, from different angles of approach, with the question of the compatibility with the Convention of a regime based on Sharia. In the *Zehra Foundation* judgment, the Court recalled the incompatibility between supporting a regime based on Sharia and the values underlying the Convention and more generally human rights. In the *Molla Sali* judgment, the Court, faced with a case of concrete application, in Greece, of rules stemming from the Sharia, laid down the conditions to be fulfilled in order to create a special status referring to Sharia. This contribution aims to reconcile the lessons learned from these two judgments, which both stem from the famous *Refah Partisi and others v. Turkey* case.

<sup>1</sup> Commentaire croisé de Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie*, 10 juillet 2018, req. n° 51595/07 et Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce*, 19 décembre 2018, req. n° 20452/014.

\* L'auteur tient à adresser ses plus sincères remerciements à Stéphanie Wattier, chargée de cours à l'Université de Namur, et Marc Nihoul, professeur à l'Université de Namur, pour leur relecture attentive de la présente contribution. La recherche a été arrêtée au 6 décembre 2019.

## I. Introduction

1. Au cours de l'année 2018, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu deux arrêts traitant de la compatibilité de règles issues de la charia avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2. Le premier, l'arrêt *Fondation Zehra et autres contre Turquie*<sup>2</sup>, est passé relativement inaperçu en doctrine<sup>3</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme devait se prononcer sur la dissolution d'une fondation d'utilité publique ainsi que de la confiscation de certains de ses biens par les juridictions turques au motif que celle-ci avait pour but véritable et non déclaré la diffusion des idées d'un théologien d'origine kurde. Ces idées consistaient en la création d'un État kurde fondé sur la charia, une opposition au régime républicain ainsi que la défense d'un État théocratique<sup>4</sup>.

La Cour considéra à l'unanimité que la dissolution n'emportait pas de violation de l'article 11 de la Convention consacrant la liberté de réunion et d'association. Elle précisa que si la dissolution pouvait s'analyser comme une ingérence, cette dernière était prévue par la loi, poursuivait un but légitime – à savoir la protection des droits et des libertés d'autrui, la défense de l'ordre et le maintien de la sûreté publique – et était nécessaire dans une société démocratique.

Concernant la condition de nécessité dans une société démocratique, la Cour reprit son raisonnement classique développé dans une jurisprudence désormais abondante portant sur la dissolution de partis politiques<sup>5</sup> ou d'associations<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie*, 10 juillet 2018, req. n° 51595/07.

<sup>3</sup> Voy. cependant S. WATTIER, «La Cour européenne des droits de l'homme valide la dissolution d'une fondation œuvrant pour la création d'un État fondé sur la charia», *Justice en ligne*, 18 octobre 2018, disponible sur <http://www.justice-en-ligne.be/>. Il est également mentionné dans W. BRZOZOWSKI, «Is Islam Incompatible with European Identity», *University of Milano-Bicocca School of Law Research Paper No. 18-15*, 28 septembre 2018, p. 6, disponible sur <https://www.ssrn.com/>.

<sup>4</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 16.

<sup>5</sup> Concernant la dissolution de partis politiques, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Republican Party of Russia c. Russie*, 12 avril 2011, req. n° 12976/07; arrêt *HADEP and Demir c. Turquie*, 14 décembre 2010, req. n° 28003/03; arrêt *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, 30 juin 2009, req. n° 25803/04; arrêt *Demokratik Kitle Partisi et Elçi c. Turquie*, 3 mai 2007, req. n° 51290/99; arrêt *the United Macedonian Organisation Ilinden – PIRIN and Others c. Bulgarie*, 20 octobre 2005, req. n° 59489/00; arrêt *Emek Partisi et Şenol c. Turquie*, 31 mai 2005, req. n° 39434/98; arrêt *Parti de la Démocratie et de l'Évolution et autres c. Turquie*, 26 avril 2005, req. n° 39210/98; arrêt *Parti socialiste de Turquie (STP) et autres c. Turquie*, 12 novembre 2003, req. n° 26482/95; (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie*, 13 février 2003, req. n° 41340/98; arrêt *Dicle pour le Parti de la démocratie (DEP) c. Turquie*, 10 décembre 2002, req. n° 25141/94; arrêt *Yasar et autres c. Turquie*, 9 avril 2002, req. n° 22723/93; arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie*, 31 juillet 2001, req. n° 41340/98; (GC), arrêt *Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP)*, 8 décembre 1999, req. n° 23885/94; (GC), arrêt *Parti socialiste et autres c. Turquie*, 25 mai 1998, req. n° 21237/93; (GC), arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, req. n° 19392/92. Voy. J. TAJADURA TEJADA, «La doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction des partis politiques», *Rev. fr. dr. const.*, 2012/2, pp. 339 à 371; R. ERGEC, «La dissolution des partis politiques et la Convention européenne des droits de l'homme», *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 573 à 591.

<sup>6</sup> Concernant la dissolution d'associations, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Mihr c. Turquie*, 7 mai 2019, req. n° 10814/07; déc. *Association Titu Maiorescu Independent University et autres c. Roumanie*, 9 octobre 2018, req. n° 48950/09; arrêt *Vona c. Hongrie*, 9 juillet 2013, req. n° 35943/10; arrêt *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquie*, 25 septembre 2012, req. n° 20641/05 (modification des statuts en vue d'éviter une dissolution); arrêt *Association Rhino et autres c. Suisse*, 11 octobre 2011, req. n° 48848/07; arrêt *AGVPS-Bacău c. Roumanie*, 9 novembre 2010, req. n° 19750/03; arrêt *Jehovah's Witnesses of Moscow c. Russie*, 10 juin 2010, req. n° 302/02; arrêt *Tebieti Mühafize Cemiyeti et Israfilov c. Azerbaïdjan*, 8 octobre 2009, req. n° 37083/03; arrêt *Association de citoyens Radko et Paunkovski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, 15 janvier 2009, req. n° 74651/01; arrêt *Tourkiki Enosi Xanthis et*

Elle vérifie ainsi les motifs invoqués par les juridictions nationales pour justifier la dissolution. En l'espèce, il s'agissait de textes publiés par la fondation requérante et dont il ressortait que l'objectif ultime de celle-ci consistait en « la mise en place, notamment pour les personnes d'origine kurde, d'un système étatique basé sur la *charia* et l'ouverture d'établissements d'enseignement servant ce dessein »<sup>7</sup>. Or, la Cour a rappelé à diverses reprises<sup>8</sup> qu'« il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et de soutenir un régime fondé sur la *charia*, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention »<sup>9</sup> et en conclut qu'« une fondation dont l'action a pour but véritable l'instauration de la *charia* dans un État partie à la Convention peut difficilement passer pour une association conforme à l'idéal démocratique sous-jacent à l'ensemble de la Convention »<sup>10</sup>.

La Cour examine ensuite l'imputabilité du contenu des textes à la fondation requérante. Elle précise que si « les statuts de la fondation requérante ne mentionnaient aucunement comme but la création d'un État séparé, fondé sur le régime de la *charia* »<sup>11</sup>, il n'en allait pas de même des écrits publiés dans son bulletin officiel, écrits qui « pouvaient raisonnablement être perçus comme la conception par [la fondation requérante] de ses activités futures, et non comme l'opinion personnelle des auteurs des écrits en question »<sup>12</sup>.

Elle vérifie en dernier lieu le moment opportun de la dissolution pour en conclure laconiquement que « dès lors que les activités de la fondation requérante, y compris les textes qu'elle a publiés et diffusés en son nom, avaient montré que celle-ci poursuivait un objectif autre que ceux déclarés dans ses statuts, les autorités pouvaient légitimement intervenir pour mettre fin à cette divergence »<sup>13</sup>.

Ces trois conditions ont trait à l'existence d'un besoin social impérieux pour atteindre les buts légitimes poursuivis, besoin social impérieux qui était donc rencontré dans le cas d'espèce. Il restait à la Cour de considérer la mesure de dissolution comme proportionnée, ce qu'elle fit, pour en conclure qu'il n'y avait dès lors pas de violation de l'article 11 de la Convention.

**3.** Le second arrêt, *Molla Sali contre Grèce*<sup>14</sup>, a été considéré par le président de la Cour européenne des droits de l'homme lors de l'Audience solennelle de rentrée

*autres c. Grèce*, 27 mars 2008, req. n° 26698/05; déc. *Kalifatstaat c. Allemagne*, 11 décembre 2006, req. n° 13828/04; arrêt *Tunceli Kültür ve Dayanışma Derneği c. Turquie*, 10 octobre 2006, req. n° 61353/00; arrêt *Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie*, 21 février 2006, req. n° 28602/95; arrêt *IPSD et autres c. Turquie*, 25 octobre 2005, req. n° 35832/97.

<sup>7</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 61 (l'usage de l'italique pour le mot charia est de la Cour).

<sup>8</sup> Cour eur. D.H., déc. *Kalifatstaat c. Allemagne* précitée; (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 123; arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 72. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie*, 14 mars 2013, req. n° 26261/05, § 111.

<sup>9</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 61.

<sup>10</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 62.

<sup>11</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 59.

<sup>12</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 60.

<sup>13</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 66.

<sup>14</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce*, 19 décembre 2018, req. n° 20452/14.

comme un « curseur »<sup>15</sup> de la jurisprudence de cette Cour. Il a suscité un certain émoi auprès d'une frange de la population<sup>16</sup> et des milieux juridiques<sup>17</sup>.

La question posée à la Cour était de savoir si la requérante, Madame Molla Sali, avait été victime d'une discrimination en raison de la religion de son mari décédé. Ce dernier avait en effet légué par testament public la totalité de ses biens à son épouse, conformément au droit civil grec. Les deux sœurs du défunt contestèrent la validité du testament devant les juridictions internes grecques, jusqu'à la Cour de cassation. Pour cette dernière, il n'était pas possible de se référer au droit civil grec pour régler la succession du *de cuius*. En effet, Monsieur Molla Sali, tout comme sa femme, appartenait à la communauté musulmane de Thrace. En raison de traités internationaux conclus après la Première Guerre mondiale, toute question du droit de la personne et de la famille devait se régler non pas en se référant au Code civil grec, mais en appliquant la « loi musulmane sacrée (la charia) »<sup>18</sup>. Or,

<sup>15</sup> G. RAIMONDI, « Allocution d'ouverture », Strasbourg, 25 janvier 2019, disponible sur <https://www.echr.coe.int/>.

<sup>16</sup> Voy. la pétition en ligne « La charia est incompatible avec les DH : pétition à l'attention des députés de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe », *European Centre for Law & Justice*, disponible sur <https://eclj.org/>. Par ailleurs, l'Assemblée parlementaire a adopté le 22 janvier 2019 la résolution 2253 (2019) portant sur la charia, la Déclaration du Caire et la Convention européenne des droits de l'homme qui précise que « l'Assemblée reconnaît pleinement que les dispositions de la charia en matière, par exemple, de divorce et de succession sont clairement incompatibles avec la Convention, et en particulier avec son article 14, qui interdit toute discrimination fondée notamment sur le sexe ou la religion [...] ». Sur cette résolution, voy. T. CORLATEAN, « The Incompatibility of the Sharia Law and the Cairo Declaration on Human Rights in Islam with the European Convention on Human Rights », *RAIS Conference Proceedings – The 12th International RAIS Conference on Social Sciences & Humanities*, disponible sur <https://ssrn.com/>.

<sup>17</sup> Voy. G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision Molla Sali contre Grèce », *European Centre for Law & Justice*, disponible sur <https://eclj.org/>; É. TEGNÉR, « Charia et CEDH : "Soumission" programmée », *Valeurs actuelles*, 28 décembre 2018, disponible sur <https://www.valeursactuelles.com/>; en réponse à ces articles : N. HERVIEU, « Non, la CEDH n'a pas érigé la charia en droit de l'homme ! », *Le Figaro*, 28 décembre 2018, disponible sur <http://www.lefigaro.fr/>; V. COURONNE, « Affaire Molla Sali contre Grèce : Valeurs Actuelles affirme que la CEDH "ouvre la voie à l'application de la charia en France" », *Les Surligneurs*, 29 décembre 2018, disponible sur <https://lessurligneurs.eu/>; J.-P. MARKUS, « Affaire Molla Sali contre Grèce : Gilles Lebreton affirme que la CEDH "vient d'accepter que la loi islamique, la charia, soit appliquée en Europe" », *Les Surligneurs*, 29 décembre 2018, disponible sur <https://lessurligneurs.eu/>. Voy. surtout M. AFROUKH, « L'application de la Charia en Grèce : la fermeté incomprise de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2019/120, pp. 925 à 940; M.S. BERGER, « Molla Sali vs Griekenland : het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake sharia in Europa », *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid*, 2019/2, pp. 47 à 61; L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre – décembre 2018) », *A.J.D.A.*, 2019/3, pp. 169 à 179, spéc. pp. 175 et 176; H. FULCHIRON, « De l'application de la charia en Europe, en général, et de certains statuts coutumiers en France, en particulier », *D.*, 2019/6, pp. 316 à 318; H. FULCHIRON (dir.), « Vie privée et familiale/Private and Family Life », *J.E.D.H.*, 2019/5, pp. 366 à 386, spéc. pp. 382 à 384; J. HOUSSIER, « Libéralités : la loi de Dieu ou la loi des Hommes », *A.J. Famille*, 2019/3, pp. 158 et 159; E. KALAMPAKOU, « Is There a Right to Choose a Religious Jurisdiction over the Civil Courts? The Application of Sharia Law in the Minority in Western Thrace, Greece », *Religions*, vol. 10, 2019/4, n° 260, 7 p.; N. KOUMOUTZIS et C. PAPASTYLIANOS, « Human Rights Issues Arising from the Implementation of Sharia Law on the Minority of Western Thrace – ECtHR Molla Sali v. Greece, Application No. 20452/14, 19 December 2018 », *Religions*, vol. 10, 2019/5, n° 300, 12 p.; F. KRENC, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1<sup>er</sup> juillet – 31 décembre 2018) », *J.T.*, 2019/17, p. 339; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'inconventionnalité de l'application de la charia dans les affaires de succession », *RTD civ.*, 2019/2, pp. 281 à 286; H. SURREL, « Les droits de l'homme l'emportent sur les droits collectifs », *J.C.P.*, 2019/3, n° 49, p. 108; I. TSAVOUSOGLU, « The Curious Case of Molla Sali v. Greece : Legal Pluralism Through the Lens of the ECtHR », *Strasbourg observers*, 11 janvier 2019, disponible sur <https://strasbourgobservers.com/>; M. A. ARAÚJO et A. R. CONCEIÇÃO, « The Sharia Law (and the jurisdiction of the Mufti) in the Europe. The Molla Sali case », *Lusitana Direito*, vol. 19, 2018/1, pp. 57 à 67.

<sup>18</sup> La locution « loi musulmane sacrée » est présente dans la partie « les circonstances de l'espèce » de l'arrêt *Molla Sali*, § 11. La version anglaise, à cet endroit, utilise l'expression « *Islamic religious law* ». La Cour utilise aussi, en anglais, l'expression « *Islamic holy law* » qui est tantôt traduite par « loi sacrée musulmane » (§ 42, traduction de la loi n° 1920/1991 portant ratification de l'acte à caractère législatif du 24 décembre 1990 relatif aux ministres du culte musulman et § 55, renvoi entre guillemets à un arrêt de la Cour de cassation grecque n° 1097/2007 du 16 mai 2007), « loi musulmane sacrée » (§ 57, traduction de la loi n° 4511/2018 modifiant l'article 5 de la loi n° 1920/1991 portant ratification de l'acte à caractère législatif du 24 décembre 1990 relatif aux ministres du culte musulman) ou encore « *sainte loi musulmane* » (en italique dans le texte, § 77, renvoi à la note introductive du 7 octobre 2016 de la rapporteure désignée par la commission des questions juridiques et des droits de l'homme du Conseil de l'Europe sur une proposition de résolution intitulée « Compatibilité de la charia avec la Convention européenne des droits de l'homme »).

le droit successoral musulman ne reconnaît pas d'institution juridique comme le testament<sup>19</sup>. La succession est *ab intestat*, c'est-à-dire réglée entièrement par la loi musulmane<sup>20</sup>. Dès lors, la Cour de cassation grecque invalida le testament public, privant la conjointe du défunt des trois quarts de son héritage. Madame Molla Sali se tourna donc vers la Cour européenne des droits de l'homme, alléguant une violation de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel – protégeant le droit de propriété – couplé avec l'article 14 de la Convention – interdisant toute forme de discrimination.

La Cour considéra qu'il existait bien une différence de traitement entre, d'une part, une femme mariée bénéficiaire du testament de son mari musulman – comme ce fut le cas pour la requérante – et, d'autre part, une femme mariée bénéficiaire du testament de son mari non musulman. Cette différence, si elle poursuivait potentiellement un but légitime – ce dont doutait la Cour<sup>21</sup> –, n'était pas proportionnée.

La Cour relève tout d'abord les conséquences lourdes qu'a eues l'application de la charia à la succession de la requérante. Elle remet ensuite en doute l'interprétation de la Cour de cassation grecque selon laquelle l'application obligatoire de la charia aux musulmans de Thrace s'imposerait par ses obligations internationales en précisant au passage que plusieurs organes internationaux « se sont dits 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 »<sup>22</sup>. Elle affirme enfin dans un de ses considérants les plus importants que « 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

des États parties à la Convention peuvent-ils être signataires de la Déclaration du Caire », *supra*, n.b.p. n° 16). Aucun autre arrêt, décision ou rapport de la Cour ou de la Commission n'utilise ces diverses expressions.

<sup>19</sup> Voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, §§ 35 à 39, spéc. § 35 qui précise : « En droit successoral musulman (Farâ'idh), la succession *ab intestat* est le mode de succession le plus courant. Le décès entraîne l'extinction définitive des rapports juridiques entre le défunt et les tiers. Parmi les tiers figurent les héritiers du défunt, qui sont considérés comme des créanciers de celui-ci. Les créanciers autres que les héritiers ont un rang supérieur à ces derniers et doivent être satisfaits en premier lieu, faute de quoi toute succession aux héritiers est nulle ». Voy. aussi le paragraphe 38 qui indique que « la charia prévoit aussi un testament islamique, mais celui-ci s'apparente plutôt à un legs » (nous soulignons).

<sup>20</sup> Voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 36 : « La part successorale des héritiers de sexe masculin est double de celle des héritiers de sexe féminin. Les premiers sont considérés comme des héritiers "autonomes" et ont droit à la masse de la succession qui reste une fois que les ayants droit à des parts ont reçu celles-ci. L'épouse survivante et les filles du défunt sont considérées comme des détentrices de parts. Les parts sont au nombre de six : une moitié, un quart, un huitième, un tiers, deux tiers et un sixième. Ainsi, l'épouse survivante recevra un huitième de la succession, en présence d'enfants, et un quart en l'absence d'enfants. Si le défunt a pour seul enfant une fille, celle-ci aura droit à la moitié de la succession. Si le défunt a aussi des frères et une mère, sa fille recevra un sixième ».

<sup>21</sup> « Bien qu'elle comprenne que la Grèce soit tenue par ses obligations internationales relativement à la protection de cette minorité, la Cour doute, au vu des circonstances particulières de l'espèce, que la mesure dénoncée concernant les droits successoraux de la requérante soit appropriée pour réaliser ce but » (Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 143).

<sup>22</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 154.



celle prévue pour l'aspect positif de celui-ci. Le choix en question est parfaitement libre, pourvu qu'il soit éclairé»<sup>23</sup>.

Elle conclut donc à la violation de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel combiné avec l'article 14 de la Convention, en soulignant néanmoins que la Grèce a déjà modifié sa législation pour ne permettre l'application de la charia qu'en cas d'accord de tous les intéressés.

**4.** Les deux arrêts dont on vient de relater les faits traitent, chacun à leur façon, de la compatibilité de la charia avec la Convention européenne des droits de l'homme. Le premier arrêt, *Fondation Zehra et autres contre Turquie*, soulève la question désormais classique au sein de la jurisprudence de la Cour de la promotion de la charia et de sa compatibilité avec les droits de nature politique issus de la Convention et spécialement des articles 10 et 11. Le second arrêt, *Molla Sali contre Grèce*, confronte pour la première fois la Cour à un cas d'application concrète de règles issues de la charia et des incidences potentielles de cette application sur le principe de non-discrimination.

La comparaison des raisonnements développés par la Cour dans ces deux affaires nous semble inévitable. Une divergence a déjà été relevée par certains auteurs; alors que la Cour rappelle, dans son arrêt *Fondation Zehra et autres contre Turquie*, l'incompatibilité entre le fait de soutenir un régime fondé sur la charia et les valeurs sous-tendant la Convention et plus généralement les droits de l'homme, l'arrêt *Molla Sali contre Grèce* semble, au contraire, poser les conditions pour la création d'un statut spécial renvoyant à la charia. Nous verrons néanmoins qu'une analyse plus détaillée des deux arrêts conduit à nuancer cette contradiction. Chacun de ceux-ci prolonge en effet les enseignements que la Cour a rendus dans son arrêt de grande chambre *Refah Partisi et autres contre Turquie*<sup>24</sup>: l'arrêt

<sup>23</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 157.

<sup>24</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité. Sur l'arrêt de la chambre et l'arrêt de la grande chambre, voy. N. BRATZA, «The Refah case at the European Court of Human Rights», *Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari'a*, R. GRIFFITH-JONES (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 38 à 41; K. MEERSCHAUT & S. GUTWIRTH, «Legal pluralism and islam in the scales of the European Court of Human Rights: the limits of categorical balancing», *Conflicts between fundamental rights*, E. BREMS (dir.), Anvers, Intersentia, 2008, pp. 431 à 465; P. MACKLEM, «Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, 2006/3, pp. 488 à 516; C. UZAN-SARANO, «La dissolution d'un parti politique prônant l'instauration, au besoin par la force, d'un système multijuridique fondé sur l'appartenance religieuse méconnaît-elle l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme?», *Justice & Cassation*, 2005, pp. 189 à 196; K. BOYLE, «Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case», *Essex Human Rights Review*, vol. 1, 2004/1, 16 p.; M. LEVINET, «L'incompatibilité entre l'État théocratique et la Convention européenne des droits de l'homme / À propos de l'arrêt rendu le 13 février 2003 par la Cour de Strasbourg dans l'affaire Refah Partisi et autres c/Turquie», *Rev. fr. dr. const.*, vol. 57, 2004/1, pp. 207 à 221; P. CUMPER, «Europe, Islam and Democracy – Balancing Religious and Secular Values under the European Convention on Human Rights», *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 3, 2003/4, pp. 163 à 180; M. KOÇAK et E. ÖRÜCÜ, «Dissolution of Political Parties in the Name of Democracy: Cases from Turkey and the European Court of Human Rights», *European Public Law*, vol. 9, 2003/3, pp. 399 à 423; B. OLBOURNE, «Refah Partisi (The Welfare Party) v Turkey», *E.H.R.L.R.*, 2003/4, pp. 437 à 444; X., «Refah Partisi (Welfare Party) v Turkey (Application Nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98)», *E.H.R.L.R.*, 2003/3, pp. 356 à 359; A. KHAN, «Will the European Court of Human Rights Push Turkey Toward Islamic Revolution?», disponible sur <https://www.ssrn.com/>; G. LEBRETON, «L'Islam devant la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. dr. pub.*, 2002/5, pp. 1493 à 1510; L.S. LEHNHOFF, «Freedom of Religious Association: The Right of Religious Organizations to Obtain Legal Entity Status Under the European Convention», *B.Y.U. Law*, 2002/2, n° 16, pp. 561 à 610; S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, «De juridische strijd tegen antidemocratische organisaties: enkele bedenkingen bij het arrest van het Europees Hof voor de Rechten

*Fondation Zehra et autres contre Turquie* principalement rappelle l'incompatibilité de principe d'un régime fondé sur la charia avec les droits de l'homme (II) ; l'arrêt *Molla Sali contre Grèce* quant à lui précise les conditions d'acceptation au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales d'un pluralisme juridique au sein d'un État membre du Conseil de l'Europe (III).

## II. Une divergence apparente : la condamnation d'un régime fondé sur la charia

5. L'arrêt *Fondation Zehra et autres contre Turquie* du 10 juillet 2018 s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence précédemment rendue par la Cour sur la compatibilité d'un régime fondé sur la charia avec les droits de l'homme et essentiellement les droits de nature politique. Dans ses arrêts du 31 juillet 2001 et du 13 février 2003 dans l'affaire *Refah Partisi et autres contre Turquie*, la Cour avait précisé ceci :

« La charia, reflétant fidèlement les dogmes et les règles divines édictés par la religion, présente un caractère stable et invariable. Lui sont étrangers des principes tels que le pluralisme dans la participation politique ou l'évolution incessante des libertés publiques. [...] Il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et de soutenir un régime fondé sur la charia, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention, notamment eu égard à ses règles de droit pénal et de procédure pénale, à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique et à son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes religieuses. [...] Selon la Cour, un parti politique dont l'action semble viser l'instauration de la charia dans un État partie à la Convention peut difficilement passer pour une association conforme à l'idéal démocratique sous-jacent à l'ensemble de la Convention »<sup>25</sup>.

Ce considérant de principe a été repris par la Cour dans un arrêt *Gündüz contre Turquie* du 4 décembre 2003 qui concernait cette fois-ci non pas la liberté d'association et l'article 11 de la Convention, mais bien la liberté d'expression d'un chef d'une secte islamiste condamné pénalement pour avoir tenu des déclarations incitant le peuple à la haine et à l'hostilité sur la base d'une distinction fondée sur l'appartenance à une religion lors d'une émission télévisée. En l'espèce, la Cour conclut à la violation de l'article 10 de la Convention. Bien que rappelant la jurisprudence *Refah Partisi* sur la charia, la Cour précisa que, sur le terrain de la liberté

van de Mens inzake de Turkse welvaartspartij», *T.B.P.*, 2002/4, pp. 219 à 231 ; S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, « La Cour européenne des droits de l'homme et les organisations antidémocratiques », *Rev. trim. dr. h.*, 2002/52, pp. 1008 à 1034 ; C. ZOETHOUT, « Het verbieden van dissidente politieke partijen », *De multiculturele samenleving en het recht*, N. VAN MANEN (dir.), Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2002, pp. 277 à 287 ; J.-P. MARGUÉNAUD et J. RAYNARD, « Convention européenne des droits de l'homme, fondamentalisme islamique et charia », *RTD civ.*, 2001/4, pp. 979 à 984. Voy. aussi les contributions de A. E. MEYER, C. MOE, J. GADIROV et L. LEHNHOF in W.C. DURHAM, R. TORFS, D.M. KIRKHAM et C. SCOTT (dir.), *Islam, Europe and Emerging Legal Issues*, Abington, Routledge, 2016, pp. 209 à 310.

<sup>25</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 123 ; arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 72.

d'expression, « le simple fait de défendre la charia, sans en appeler à la violence pour l'établir, ne saurait passer pour un "discours de haine" »<sup>26</sup>.

Dans une troisième affaire *Kalifatstaat contre Allemagne* du 11 décembre 2006 qui concernait à nouveau une mesure de dissolution d'une association ayant pour objectif « le rétablissement du califat » en Turquie et « l'instauration d'un État islamique fondée sur la charia », la Cour rappela « l'incompatibilité de la charia avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention »<sup>27</sup>.

Dans un arrêt *Kasymakhunov et Saybatalov contre Russie*<sup>28</sup>, la Cour devait vérifier la compatibilité au regard notamment des articles 9, 10 et 11 de la Convention du prononcé de condamnations pénales à l'égard de deux membres d'une « organisation islamique internationale »<sup>29</sup> dénommée Hizb ut-Tahrir<sup>30</sup>. Cette organisation avait notamment pour objectif de renverser les différents gouvernements où elle était implantée pour les remplacer par un État islamique sous la forme d'un Califat, c'est-à-dire un État dont le régime juridique serait fondé sur la charia<sup>31</sup>. Par cet arrêt, la Cour apporte une précision complémentaire par rapport à l'arrêt *Kalifatstaat contre Allemagne* et lève une légère ambiguïté découlant des arrêts *Refah Partisi et autres contre Turquie*<sup>32</sup>. En effet, la Cour n'insiste pas sur « l'incompatibilité de la charia avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention »<sup>33</sup>, mais elle précise que « a regime based on sharia [is] incompatible with the fundamental principles of democracy »<sup>34</sup>. Elle ajoute ceci :

■ *« It is significant that the activities of Hizb ut-Tahrir are not limited to promoting religious worship and observance in private life of the requirements of Islam. They extend outside the sphere of individual conscience and concern the organisation and functioning of society as a whole. Hizb ut-Tahrir clearly seeks to impose on everyone its religious symbols and conception of a society founded on religious precepts »*<sup>35</sup>. ■

<sup>26</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Gündüz c. Turquie*, 4 décembre 2003, req. n° 35071/97, § 51.

<sup>27</sup> Cour eur. D.H., déc. *Kalifatstaat c. Allemagne* précitée.

<sup>28</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie* précité.

<sup>29</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie* précité, § 7 (notre traduction).

<sup>30</sup> Concernant cette organisation, voy. aussi Cour eur. D.H., déc. *Hizb ut-Tahrir et autres c. Allemagne*, 12 juin 2012, req. n° 31098/08.

<sup>31</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie* précité, § 7.

<sup>32</sup> Dans cette affaire, eu égard à la construction syntaxique de la phrase, il n'est pas aisé de déterminer si c'est la charia en elle-même ou si c'est le fait de soutenir un régime fondé sur la charia « qui se démarque nettement des valeurs de la Convention ». L'usage du masculin dans la proposition « à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique » renvoie néanmoins bien au régime et non à la charia. Voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 123 ; arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 72.

<sup>33</sup> Cour eur. D.H., déc. *Kalifatstaat c. Allemagne* précitée (nous soulignons).

<sup>34</sup> Et ajoute, comme dans l'affaire *Refah Partisi et autres contre Turquie* : « particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts. An organisation whose actions seem to be aimed at introducing sharia in a State Party to the Convention can hardly be regarded as complying with the democratic ideal that underlies the whole of the Convention ». Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie* précité, § 111 (nous soulignons).

<sup>35</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie* précité, § 112 (nous soulignons).



Dans son arrêt *Fondation Zehra et autres contre Turquie*, la deuxième section de la Cour cite *expressis verbis* le considérant de la grande chambre *Refah Partisi et autres contre Turquie*, pourtant source d'ambiguïté comme nous venons de le relever. En revanche, la Cour omet de renvoyer à ce qui contrarierait *concrètement* les valeurs de la Convention, à savoir « [l]es règles de droit pénal et de procédure pénale, la place [que la charia] réserve aux femmes dans l'ordre juridique et son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes religieuses »<sup>36</sup>.

**6.** L'on peut déduire de ces arrêts que le raisonnement de la Cour s'articule autour de deux affirmations. La première consiste à considérer que la charia aurait un contenu univoque et se caractériserait par une certaine forme de stabilité et d'invariabilité; la seconde à souligner l'incompatibilité *absolue* existant entre, d'une part, la démocratie et les droits de l'homme et, d'autre part, la charia, ou à tout le moins un régime fondé sur la charia, ce dernier étant réduit, dans les affaires *Refah Partisi et autre contre Turquie* et *Kasymakhunov et Saybatalov contre Russie*, à ses règles de droit pénal et de procédure pénale, à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique et à son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux règles religieuses.

**7.** Ce raisonnement en deux temps de la Cour ne peut qu'aboutir à conclure à une opposition irrémédiable entre la charia ou un régime fondé sur la charia et la Convention. Premièrement, l'invariabilité *potentielle* de la charia – apparemment considérée par la Cour comme un trait consubstantiel à celle-ci – ne s'accorde pas avec le caractère dynamique de la Convention<sup>37</sup> et son interprétation évolutive par la Cour qui estime que « la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques »<sup>38</sup>. Deuxièmement, en ramenant un régime fondé sur la charia *uniquement* à « ses règles de droit pénal et de procédure pénale, [ainsi qu']à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique »<sup>39</sup> et en précisant qu'il « se démarque nettement des valeurs de la Convention »<sup>40</sup>, la Cour considère implicitement qu'un régime fondé sur la charia comportera *toujours* des dispo-

<sup>36</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 123; arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 72. La suppression de cette partie de phrase accentue encore l'ambiguïté étant donné qu'aucun élément ne permet de déterminer qui de la charia en elle-même ou d'un régime basé sur celle-ci « se démarque nettement des valeurs de la Convention ». *Supra* n.b.p. n° 32.

<sup>37</sup> Voy. E. BJORKE, *Domestic Application of the ECHR: Courts as faithful trustees*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 131 à 154; G. LETSAS, « The ECHR as a living instrument. Its meaning and legitimacy », *Constituting Europe: the European Court of Human Rights in a national, European, and global context*, A. FOLLESDAL, B. PETERS et G. ULFSTEIN (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 106 à 141; F. SUDRE, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », *L'office du juge*, G. DARCY, V. LABROT et M. DOAT (dir.), Les colloques du Sénat, 29 et 30 septembre 2006, pp. 224 à 243; F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001/28, I, n° 135, pp. 1365 à 1368.

<sup>38</sup> Not. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Bayatyan c. Arménie*, 7 juillet 2011, req. n° 23459/03, §§ 102 à 111; (GC), arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* précité, § 136. Voy. M. A. RAMADAN, « Notes on the Shari'a: Human Rights, Democracy, and the European Court of Human Rights », *Israel Law Review*, vol. 40, 2007/1, pp. 156 à 197, spéc. pp. 158 à 161.

<sup>39</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 123; arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 72.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

sitions prévoyant notamment des « supplices en tant que sanctions pénales »<sup>41</sup> contraires à l'article 3 de la Convention consacrant l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants tout comme certaines prescriptions de la charia emporteront *en tout temps* des discriminations fondées sur le sexe, « telles que la polygamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession »<sup>42</sup> contraire à l'article 14 de la Convention et à l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 12<sup>43</sup>.

**8.** La doctrine, principalement anglophone, a vivement critiqué l'affirmation de la Cour selon laquelle la charia présente « un caractère stable et invariable » et qu'un régime fondé sur celle-ci « se démarque nettement des valeurs de la Convention »<sup>44</sup>.

Elle a tout d'abord été critiquée, car elle ne tient pas compte de la polysémie qui caractérise la charia. En effet, il n'existe pas de corpus de règles uniformes que l'on puisse identifier à la charia. De même, il n'existe aucune autorité ou institution universelle qui se prononce sur les interprétations à donner aux principes découlant de la charia<sup>45</sup>. Robert Gleave précise que la charia peut tant renvoyer à des règles formulées par des savants musulmans qu'aux règles de droit positif appliquées par des États musulmans aux traditions aussi diversifiées que sont le Maroc, l'Arabie saoudite, l'Iran, l'Indonésie ou encore le Nigeria<sup>46</sup> ou encore au droit coutumier de communautés musulmanes<sup>47</sup>. Il ajoute ceci :

« Le terme de charia est utilisé de manière interchangeable avec l'expression “droit islamique” dans les commentaires modernes, et pas seulement par les politiciens et les médias. Les académiques les emploient également de façon imprécise. Il y a une confusion du droit fondé sur le Coran et le *hadith*, des normes du *fiqh*, du droit codifié des États musulmans et du droit coutumier des communautés musulmanes, dans un amalgame de dispositions appelé charia. Le point central, ici, est qu'il en résulte une forme de certitude à l'égard du contenu de la charia [...] »<sup>48</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme semble, elle aussi, avoir certaines « certitude[s] à l'égard du contenu de la charia ». Elle affirme ainsi que « la charia, reflétant fidèlement les dogmes et les règles divines édictés par la religion, présente un caractère stable et invariable. Lui sont étrangers des principes tels que

<sup>41</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 61.

<sup>42</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 128.

<sup>43</sup> Sur ceci, voy. M. LEVINET, *op. cit.*, pp. 214 à 219.

<sup>44</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 62 ; (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 123 ; arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 72.

<sup>45</sup> Pour reprendre les termes de D. MCGOLDRICK, *op. cit.*, p. 606. Voy. aussi M. S. BERGER, « Understanding Sharia in the West », *Journal of Law, Religion and State*, vol. 6, 2018/2-3, p. 241.

<sup>46</sup> Voy. N. BERNARD-MAUGIRON et J.-P. BRAS, *La charia*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 85 à 164 ; J.M. OTTO (dir.), *Sharia incorporated: a Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden, Leiden University Press, 2010, 676 p.

<sup>47</sup> R. GLEAVE, « La charia dans l'histoire : ijtihad, épistémologie et “tradition classique” », *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, B. DUPRET (dir.), Paris, La Découverte, 2012, pp. 23 à 34, spéc. pp. 24 à 26.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 25 et 26 (nous soulignons).

le pluralisme dans la participation politique ou l'évolution incessante des libertés publiques»<sup>49</sup>. En procédant de la sorte, la Cour s'inscrit dans une démarche que l'on peut qualifier d'«essentialiste»<sup>50</sup> en ce qu'elle cherche à déterminer la substance intangible de la charia, substance qui serait pourvue «de traits identiques et permanents que les incidents de l'histoire ne viendraient que superficiellement égratigner»<sup>51</sup>. Pourtant, comme le précise Franck Frégosi, «à l'exception des partisans d'une *lecture intégraliste* de la charia, parmi toutes les attitudes évoquées se dégage une commune aspiration à se démarquer des approches qui font de la charia un ensemble homogène de règles et de normes immuables d'origine divine, qui s'imposerait à l'ensemble de la communauté»<sup>52</sup>. Par sa démarche essentialiste, la Cour semble s'inscrire dans le courant minoritaire des adeptes d'une «lecture intégraliste» de la charia.

Elle a ensuite été critiquée, car elle ne tient pas non plus compte de la diversité des éléments qui composent la charia et dont certains sont compatibles avec la Convention. L'on pense par exemple à l'abattage rituel, au jeûne ou encore aux cérémonies funéraires qui ne sont que des manifestations de la religion, protégées par l'article 9 de la Convention; l'on pense aussi à la finance islamique basée sur un respect des principes de la charia dans l'accomplissement des transactions bancaires et financières<sup>53</sup>.

Elle a enfin été critiquée sur le fait que la Cour porte une appréciation subjective sur la charia, voire plus généralement sur l'islam. Certes, l'évolution terminologique entre l'arrêt *Refah Partisi* et l'arrêt *Fondation Zehra* est à saluer. La Cour semble en effet avoir abandonné l'usage des locutions controversées – décriées en son temps par le juge Kovler<sup>54</sup> – telles que «fondamentalisme islamique» ou «mouvements totalitaires». Néanmoins, l'on peut se questionner sur le rôle endossé par une Cour internationale lorsque cette dernière porte un jugement aussi définitif sur la charia qui revêt pourtant un contenu largement hétérogène comme nous l'avons vu *supra* et qui, de prime abord, est étrangère à la science juridique<sup>55</sup>.

La Cour avait essuyé des critiques similaires dans un contentieux différent, à savoir le port de signes convictionnels et tout spécialement le foulard islamique. Dans une décision *Dahlab contre Suisse* concernant le port du foulard islamique par une institutrice primaire, la Cour s'interrogeait sur l'effet prosélyte à l'encontre

<sup>49</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 123; arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 72.

<sup>50</sup> B. DUPRET, *La charia : Des sources à la pratique, un concept pluriel*, Paris, La Découverte, 2014, 190 p., disponible sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/>, p. 12.

<sup>51</sup> B. DUPRET, *op. cit.*, pp. 15 et 16.

<sup>52</sup> F. FRÉGOSI, «Usages sociaux de la référence à la charia chez les musulmans d'Europe», *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, B. DUPRET (dir.), Paris, La Découverte, 2012, pp. 65 à 77, spéc. p. 73 (nous soulignons).

<sup>53</sup> Voy. par ex. C. M. HIMEUR, *Les contrats de la finance islamique : analyse prospective*, Bruxelles, Larcier, 2018, 250 p.

<sup>54</sup> Voy. A. KOVLER, opinion concordante sous Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité.

<sup>55</sup> M. S. BERGER, *op. cit.*, p. 237; P. CUMPER, *op. cit.*, p. 171; K. BOYLE, *op. cit.*, p. 4; G. LEBRETON, *op. cit.*, pp. 1502 à 1505.

d'enfants en bas âge « que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui [...] est *difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes* »<sup>56</sup>. Dans son arrêt de grande chambre *Leyla Sahin contre Turquie* concernant le port du foulard islamique par une étudiante au sein d'une université, la Cour avait « mis l'accent sur le “signe extérieur fort” que représentait le port du foulard par celle-ci et [s'était] interrogée sur l'effet de prosélytisme que peut avoir le port d'un tel symbole dès lors qu'il semblait être imposé aux femmes par un précepte religieux *difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes* »<sup>57</sup>. La juge Tulkens, dans son opinion dissidente à l'arrêt *Leyla Sahin contre Turquie*, avait désapprouvé cette manière de procéder en précisant qu'« il n'appartient pas à la Cour de porter une telle appréciation, en l'occurrence unilatérale et négative, *sur une religion* et une pratique religieuse, tout comme il ne lui appartient pas d'interpréter, *de manière générale et abstraite*, le sens du port du foulard ni d'imposer son point de vue à la requérante »<sup>58</sup>.

Dans d'autres arrêts pourtant, la Cour a refusé de se prononcer sur des controverses doctrinales ou théologiques portant notamment sur la religion. Ainsi, dans un premier arrêt *Kimlya contre Fédération de Russie* du 1<sup>er</sup> octobre 2009, la Cour a refusé de se prononcer sur la question de savoir si la scientologie pouvait être qualifiée de religion. Elle a considéré qu'il ne lui appartenait manifestement pas de « décider *dans l'abstrait* si un ensemble de convictions et les pratiques associées peuvent être considérés ou non comme une “religion” au sens de l'article 9 de la Convention »<sup>59</sup>. Dans un second arrêt de grande chambre *Izzettin Doğan et autres contre Turquie* du 26 avril 2016 concernant le refus par les autorités turques de fournir un service public religieux aux adeptes de la confession alévie<sup>60</sup>, la Cour a observé que « l'affaire touche à un débat sensible source de controverses relevant de la théologie islamique, sur lequel il n'appartient pas à la Cour de se prononcer »<sup>61</sup>.

Certes, les enseignements proférés par la Cour sous l'angle de l'article 9 de la Convention et de la liberté de religion ne peuvent être directement transposés au contentieux de la dissolution des partis politiques ou des associations. L'on

<sup>56</sup> Cour eur. D.H., déc. *Dahlab c. Suisse*, 15 février 2001, req. n° 42393/98.

<sup>57</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* précité, § 111.

<sup>58</sup> F. TULKENS, opinion dissidente sous Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* précité, § 12 (nous soulignons).

<sup>59</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Kimlya c. Fédération de Russie*, 1<sup>er</sup> octobre 2009, req. n° 76836/01, § 79 (nous soulignons). La Cour a ensuite précisé qu'« en l'absence de tout consensus européen sur la nature religieuse des enseignements de la scientologie et tenant compte du caractère subsidiaire de son rôle, la Cour estime qu'elle doit s'en remettre à l'appréciation des autorités internes en la matière et examiner si l'article 9 de la Convention trouve à s'appliquer », ce qui est tout autant critiquable.

<sup>60</sup> Sur la place de la confession alévie en Turquie, voy. C. BOYRAZ, « The Alevi question and the limits of citizenship in Turkey », *British Journal of Middle Eastern Studies*, 2019, pp. 1 à 14 ; S. AKTÜRK, « One nation under Allah? Islamic multiculturalism, Muslim nationalism and Turkey's reforms for Kurds, Alevis, and non-Muslims », *Turkish Studies*, vol. 19, 2018/4, pp. 523 à 551 ; E.S. HURD, « Alevis under Law: The Politics of Religious Freedom in Turkey », *Journal of Law and Religion*, 2014/3, pp. 416 à 435.

<sup>61</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Izzettin Doğan et autres c. Turquie*, 26 avril 2016, req. n° 62649/10, § 69. Rapprochement avec l'arrêt *Association de citoyens Radko et Paunkovski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* précité, § 76 concernant l'article 11 de la Convention dans lequel la Cour précise « qu'elle n'est pas en mesure de se ranger du côté de l'une quelconque des parties concernant la justesse des idées défendues par les requérants, et que tel n'est d'ailleurs pas son rôle ».

peut quand même s'étonner que la Cour porte un tel jugement de valeur sur la charia, « expression juridique d'une religion ayant des traditions millénaires, avec ses acquis et ses excès, comme n'importe quel autre système complexe », selon l'expression du Juge Kovler<sup>62</sup>. C'est pourtant bien ce qu'elle a fait en adoptant une démarche essentialiste tel que précisé *supra* et en donnant sa définition de la charia, prise comme une entité abstraite dont le contenu serait uniforme, stable et invariable. Certes, la Cour ne semble en revanche pas dire directement que la charia serait contraire à la démocratie et aux droits de l'homme, mais uniquement qu'un régime fondé sur la charia le serait. Néanmoins, la Cour laisse sous-entendre que tout régime fondé sur la charia entrerait *d'office* en contradiction avec la Convention et les valeurs qui la sous-tendent. De la sorte, la Cour prend position dans un débat d'idées ayant animé les milieux scientifiques et réfute les travaux d'académiciens<sup>63</sup> – qu'ils soient théologiens, sociologues ou juristes notamment – ayant tenté une conciliation entre la démocratie et les droits de l'homme, d'une part, et la charia ou les régimes fondés sur la charia, d'autre part.

**9.** Le fait, par ailleurs, de considérer qu'une association a pour but véritable l'instauration de la charia permet à l'État contractant de bénéficier d'une plus grande marge d'appréciation sur l'opportunité d'adopter une mesure de dissolution. La Cour semble en effet apprécier avec plus de largesse dans ce cas les conditions entourant la justification d'une mesure de dissolution au regard de l'article 11.

Ainsi, la Cour rappelle dans l'arrêt *Fondation Zehra*, les liens inextricables unissant la liberté d'association et la liberté d'expression en considérant que « la protection des opinions et de la liberté de les exprimer au sens de l'article 10 de la Convention constitue l'un des objectifs de la liberté d'association »<sup>64</sup>. Ce constat est d'autant plus important dans l'affaire en cause que la fondation requérante n'avait pas encore réalisé *matériellement* les objectifs qu'on lui assigne, à savoir la création d'établissements d'enseignement et la propagation auprès des étudiants d'idées opposées au régime démocratique pluraliste. La fondation s'était limitée à diffuser des textes publiés dans son bulletin officiel *Zehra Bülteni*. L'on aurait pu en conclure que la fondation aurait dû bénéficier d'une protection plus grande sur la base de l'article 11, lu à la lumière de l'article 10 consacrant la liberté d'expres-

<sup>62</sup> Voy. A. KOVLER, opinion concordante sous Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité.

<sup>63</sup> Voy. not. P. McDONOUGH, *Human rights commitments of islamic states: sharia, treaties and consensus*, Aldershot, Elgar, 2020, 208 p., à paraître; M. AFROUKH (dir.), *L'islam en droit international des droits de l'homme*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2019, 312 p.; A. SAEED, *Human rights and islam: an introduction to key debates between islamic law and international human rights law*, Londres, Elgar, 2018, 288 p.; C. ARMINJON-HACHEM, *Les droits de l'homme dans l'Islam shi'ite: confluences et lignes de partage*, Paris, Cerf, 2017, 399 p.; H. ESMAEILI, I. MARBOE et J. REHMAN, *The rule of law, freedom of expression, and Islamic law*, Oxford, Hart, 2017, 283 p.; A.M. EMON, M. ELLIS et B. GLAHN (dir.), *Islamic law and international human rights law: searching for common ground?*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 400 p.; A. SAEED, *Islam and human rights*, 2 vol., Cheltenham, Elgar, 2012, 1488 p.; S. KASSAS, *Droits de l'homme et Islam*, Paris, L'Harmattan, 2012, 283 p.; Y. BEN ACHOUR, *La deuxième Fâtiha: l'islam et la pensée des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2011, 194 p.; M. AGI (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Paris, Des Idées et des Hommes, 2007, 334 p.; V. AMIRMOKRI, *L'Islam et les droits de l'homme: l'islamisme, le droit international, et le modernisme islamique*, Québec, Presse de l'Université de Laval, 2004, 184 p.; M. A. BADERIN, *International human rights and islamic law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 279; S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, « Les mouvements islamistes et les droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1998/34, pp. 251 à 290; G. CONAC et A. AMOR, *Islam et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1994, 97 p.; M.-C. FERJANI, *Islamisme, laïcité et droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 1991, 397 p.

<sup>64</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 50.

sion surtout au regard de sa jurisprudence *Gündüz* dans laquelle elle a précisé que « le simple fait de défendre la charia, sans en appeler à la violence pour l'établir, ne saurait passer pour un "discours de haine" »<sup>65</sup>. C'est au demeurant ce qu'a fait la Cour dans son arrêt *Association de citoyens Radko et Paunkovski contre l'ex-République yougoslave de Macédoine* du 15 janvier 2009<sup>66</sup> qui concernait la dissolution d'une association publique pour avoir nié l'identité ethnique du peuple macédonien. Après avoir constaté que l'association requérante « [s'était] bornée à réaliser son objectif au moyen de publications et de conférences et en coopérant avec des associations de nature similaire », la Cour a considéré que « l'association a donc été sanctionnée pour un comportement relevant du seul exercice de sa liberté d'expression », emportant une appréciation plus sévère de la mesure de dissolution par celle-ci<sup>67</sup>. Néanmoins, la Cour écarte ces précédents dans son arrêt *Fondation Zehra* en soulignant les divergences existant entre ces deux libertés. Contrairement à la liberté d'expression qui protège toute expression à partir du moment où elle n'incite pas à la violence et ne produit pas de discours de haine, la liberté d'association peut être restreinte si les responsables de l'association « incitent à recourir à la violence ou proposent un projet politique qui ne respecte pas la démocratie ou qui vise la destruction de celle-ci ainsi que la méconnaissance des droits et libertés qu'elle reconnaît »<sup>68</sup>. Elle conclut donc implicitement, mais certainement que la Fondation Zehra proposait un projet politique qui ne respectait pas la démocratie, d'où la possibilité de la dissoudre sans tenir compte des deux arrêts développés ci-dessus.

Dans une autre affaire encore, intitulée *Vona contre Hongrie*<sup>69</sup>, la Cour, appelée à vérifier une mesure de dissolution d'une association d'extrême droite dite la Garde hongroise qui organisait des rassemblements anti-roms et des défilés paramilitaires, précisa les conditions devant être respectées par l'État lorsque celui-ci veut adopter une telle mesure. Ainsi, selon la Cour, « l'État a [...] le droit de prendre des mesures préventives pour protéger la démocratie face à des entités autres que des partis lorsqu'un préjudice menaçant *de manière suffisamment imminente* les droits d'autrui risque de saper les valeurs fondamentales sur lesquelles se fonde une société démocratique » ou « s'il est établi que pareil mouvement a commencé à adopter *des actes concrets* dans la vie publique pour mettre en pratique un projet politique incompatible avec les normes de la Convention et la démocratie »<sup>70</sup>. Une fois de plus, ces conditions sont absentes de l'arrêt *Fondation Zehra et autres contre Turquie*. La Cour se contente de souligner que la fondation requérante avait comme « objectifs ultimes la mise en place, notamment pour les personnes d'origine kurde, d'un système étatique basé sur la *charia* et l'ouver-

<sup>65</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Gündüz c. Turquie* précité, § 51.

<sup>66</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Association de citoyens Radko et Paunkovski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* précité. Rapprochement avec Cour eur. D.H., arrêt *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce* précité.

<sup>67</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Association de citoyens Radko et Paunkovski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* précité, § 76.

<sup>68</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 54 (nous soulignons).

<sup>69</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Vona c. Hongrie* précité.

<sup>70</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Vona c. Hongrie* précité, § 57 (nous soulignons).

ture d'établissements d'enseignement servant ce dessein»<sup>71</sup>. Aucun acte concret n'avait été posé par la fondation requérante et l'on peut douter que la diffusion de son bulletin officiel eût entraîné un préjudice menaçant de manière imminente les droits d'autrui. Néanmoins, la Cour estime que «dès lors que les activités de la fondation requérante, y compris les textes qu'elle a publiés et diffusés en son nom, avaient montré que celle-ci poursuivait un objectif autre que ceux déclarés dans ses statuts, les autorités pouvaient légitimement intervenir pour mettre fin à cette divergence»<sup>72</sup>.

**10.** En définitive, concernant l'arrêt *Fondation Zehra*, le raisonnement tenu par la Cour peut être résumé comme suit. La Cour affirme tout d'abord qu'une mesure de dissolution peut être justifiée au regard des critères établis par le paragraphe 2 de l'article 11 si les responsables de la fondation proposent un projet politique qui ne respecte pas la démocratie. Or, il découle de divers écrits publiés dans le bulletin officiel de la Fondation Zehra que celle-ci a pour but la création d'un État séparé, fondé sur le régime de la charia. Il découle par ailleurs de la jurisprudence antérieure de la Cour que la promotion d'un régime fondé sur la charia se démarque nettement des valeurs de la Convention parmi lesquelles l'on retrouve l'idéal démocratique<sup>73</sup>. Une mesure de dissolution peut donc être justifiée à partir du moment où les responsables de la fondation proposent la création d'un système étatique basé sur la charia. Toute la dialectique de la Cour se fonde donc sur une opposition absolue entre la charia, d'une part, et la démocratie et les droits de l'homme, d'autre part. Cette opposition permet par ailleurs à l'État contractant de bénéficier d'une plus grande marge d'appréciation dans la dissolution d'une association prônant la charia par rapport à des associations ayant d'autres visées extrémistes<sup>74</sup>. Or, nous avons vu que cette approche pouvait être critiquable notamment eu égard à la jurisprudence de la Cour concernant la liberté d'association ainsi qu'à l'appréciation subjective portée par la Cour sur la charia elle-même.

**11.** En revanche, la Cour n'a pas adopté le même raisonnement dans son arrêt *Molla Sali contre Grèce*. Pour rappel, Madame Molla Sali, de confession musulmane, se plaignait devant la Cour de l'application de la charia à la succession de son mari décédé en lieu et place d'un testament rédigé par lui selon les règles du droit civil grec. L'application de la charia avait eu pour effet de priver la requérante des trois quarts de la succession au bénéfice des sœurs du défunt.

Dans l'arrêt *Molla Sali contre Grèce*, la Cour n'avait donc pas à trancher une question touchant à la promotion d'un régime fondé sur la charia par une personne ou une association ; la juridiction strasbourgeoise était aux prises avec une application

<sup>71</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 66.

<sup>72</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 66.

<sup>73</sup> Voy. C. BLANC-FILLY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 756 p. ; C. HUSSON-ROCHCONGAR, *Droit international des droits de l'Homme et valeurs : le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 992 p.

<sup>74</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Vona c. Hongrie* précité ou encore Cour eur. D.H., arrêt *Association de citoyens Radko et Paunkovski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* précité.

concrète de la charia sur le territoire d'un État partie à la Convention, situation inédite dans sa jurisprudence. Le gouvernement l'avait bien compris en soutenant que, contrairement à l'affaire *Refah Partisi*, «la Cour n'est pas appelée à examiner *in abstracto* l'application d'un système multijuridique fondé sur la charia et sa compatibilité avec les droits fondamentaux. [Que] la présente affaire doit être examinée *in concreto*, en tenant compte de critères tels que le respect du multiculturalisme dans l'Europe d'aujourd'hui et de la difficulté de concevoir des politiques applicables aux communautés religieuses»<sup>75</sup>. Comme on va le voir, si la Cour suit le point de vue du gouvernement et ne condamne pas de manière absolue la charia comme elle a pu le faire d'une certaine manière dans les affaires mentionnées *supra*, elle est loin d'accepter que la Grèce maintienne un régime particulier en matière de protection des minorités basé sur des dispositions issues de la charia.

Elle précise, dans un premier temps, qu'aucun traité international n'imposait à la Grèce d'appliquer la charia aux membres de la communauté musulmane de Thrace. Le traité de Lausanne<sup>76</sup>, seul encore en vigueur au moment du litige<sup>77</sup>, prévoyait simplement que le gouvernement grec «agr[é]ait de prendre à l'égard des minorités [musulmanes], en ce qui concerne leur statut familial ou personnel, toutes dispositions permettant de régler ces questions selon *les usages de ces minorités*»<sup>78</sup>. Point de référence donc à la charia, mais uniquement une obligation de préserver «le particularisme religieux»<sup>79</sup> de la communauté musulmane de Thrace<sup>80</sup>.

La Cour rappelle avec force, dans un deuxième temps, 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»<sup>81</sup>. «C'était», selon Laurence Burgorgue-Larsen, «clairement relever l'approche discriminatoire des règles successorales musulmanes à l'endroit des femmes et des enfants, maintes fois considérée comme attentatoire au principe d'égalité qui innerve le droit international des droits de l'homme»<sup>82</sup>.

<sup>75</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 111.

<sup>76</sup> Traité de Paix, signé à Lausanne le 24 juillet 1923.

<sup>77</sup> Les dispositions relatives aux minorités issues des traités d'Athènes du 1<sup>er</sup>/14 novembre 1913 et de Sèvres du 10 août 1920 sont «caduques» selon le gouvernement grec pour deux raisons : «d'une part, à la suite de la conclusion de la convention concernant l'échange des populations grecques et turques du 30 janvier 1923 et du transfert en Turquie de tous les musulmans établis en Grèce, à l'exception des musulmans de Thrace occidentale, les dispositions précitées, qui s'appliquaient dans les régions cédées à la Grèce en 1913, sont devenues sans objet ; d'autre part, ces dispositions ont été abolies par le traité de Lausanne du 24 juillet 1923» (Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 113). Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Serif c. Grèce*, 14 décembre 1999, req. n° 38178/97, § 40. Voy. également P. M. BROWN, «From Sèvres to Lausanne», *American Journal of International Law*, vol. 18, 1924/1, pp. 113 à 116.

<sup>78</sup> Lecture combinée des articles 42 et 45 du Traité de Paix, signé à Lausanne le 24 juillet 1923.

<sup>79</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 151. Voy. pour une critique : I. TSAVOUSOGLU, *op. cit.*

<sup>80</sup> Sur la protection des minorités en Grèce, voy. M. MARKOVITI, «The "filtering effects" of ECtHR case law on religious freedoms: legal recognition and places of worship for religious minorities in Greece», *Religion, State & Society*, 2007/3-4, pp. 268 à 283 ; K. TSITSELIKIS, *Old and New Islam in Greece : From Historical Minorities to Immigrant Newcomers*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 622 p. ; P. LIACOURAS, «Protecting Minority Members in Greece: The View from Strasbourg», *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant : mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, D. SPIELMANN e.a. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 329 à 356.

<sup>81</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 154.

<sup>82</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 176.



Dans un troisième temps, la Cour va poser les conditions strictes devant être respectées par un État partie à la Convention dans la mise en place d'un régime juridique particulier de protection d'une minorité notamment religieuse. La Cour précise ainsi les critères qu'elle avait développés dans son autre arrêt de grande chambre *Refah Partisi et autres contre Turquie* ouvrant la voie à la mise en place d'un pluralisme juridique<sup>83/84</sup> au sein des États contractants.

### III. Une convergence dissimulée : les conditions d'acceptation du pluralisme juridique au sein d'un État membre du Conseil de l'Europe

**12.** Dans ses arrêts *Refah Partisi et autres contre Turquie*, la Cour a considéré que le projet politique du *Refah Partisi* consistant à mettre en place un « système multijuridique »<sup>85</sup> n'était pas compatible avec la Convention. Deux raisons ont

<sup>83</sup> Voy. P. S. BERMAN, « Le nouveau pluralisme juridique », *Revue internationale de droit économique*, 2013/1, pp. 229 à 256 qui précise que : « nous vivons dans un monde composé de communautés normatives multiples qui se chevauchent. Certaines de ces communautés – telles que les gouvernements fédéraux, étatiques et municipaux – sont des entités juridiques formelles qui exercent souvent leur pouvoir de contrainte au service d'un ensemble de normes juridiques organisé de manière bureaucratique. D'autres, cependant, sont des communautés non étatiques créées par des affiliations religieuses, tribales, ethniques ou autres. Les spécialistes qui étudient les interactions entre ces communautés multiples se sont souvent référés au terme de pluralisme juridique pour décrire l'enchevêtrement inévitable de ces systèmes normatifs ».

<sup>84</sup> Le pluralisme juridique (*legal pluralism*) est loin de faire l'objet d'une définition unanime au sein de la communauté scientifique. Voy. par exemple l'évolution de la définition donnée par Jacques Vanderlinden (reprise dans un ouvrage intitulé *Les pluralismes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2013) tout d'abord en 1972 : « l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques » (J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », *Études sur le pluralisme juridique*, J. GILISSEN (dir.), Bruxelles, Éd. de l'Université Libre de Bruxelles, 1972, pp. 19 à 56) ; et ensuite notamment, en 1993 : « la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation » (J. VANDERLINDEN, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », *Revue de la Recherche juridique, droit prospectif*, 1993, pp. 573 à 583). Nous renverrons, pour nos propos, à la définition donnée par P. MACKLEM : « *By legal pluralism, I mean the coexistence of two or more legal orders within or across the confines of a sovereign state* » et précise plus loin que « *To be sure, formal recognition is not a precondition of legal pluralism* » (P. MACKLEM, *op. cit.*, pp. 495 et 496). La Cour n'a, semble-t-il, jamais employé la locution « pluralisme juridique » ou « *legal pluralism* ». Le juge A. Kovler l'a mobilisée dans son opinion concordante sous Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité (voy. n.b.p. n° 85) de même que A. Sajó dans son opinion dissidente sous Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Fernández Martínez c. Espagne*, 12 juin 2014, req. n° 56030/07 en ces termes : « dans *Refah Partisi* (précité), la Cour a dit que l'autonomie d'une communauté religieuse était une chose à respecter, mais n'impliquait pas le pluralisme juridique et n'obligeait pas les juridictions nationales à être les exécuteurs de décisions religieuses autonomes qui ne remplissent pas l'obligation de la justification adéquate. En l'absence de tels motifs, l'évaluation juridique devient arbitraire et il ne peut pas y avoir de protection effective des droits » (nous soulignons). Voy. E. DESMET, « Legal Pluralism and International Human Rights Law: A Multifaceted Relationship », *Human rights encounter legal pluralism: Normative and Empirical Approaches*, G. CORRADI, E. BREMS et M. GOODALE (dir.), Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 41 à 54 ; B. DUPRET, « Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification », *European Journal of Legal Studies*, 2007/1, pp. 1 à 26 ; B. OOMEN, « The application of socio-legal theories of legal pluralism to understanding the implementation and integration of human rights law », *J.E.D.H.*, 2014/4, pp. 471 à 495. Voy. aussi l'ouvrage dirigé par J.L. COHEN et C. LABORDE, *Religion, Secularism, & Constitutional Democracy*, New York, Columbia University Press, 2015 et spécialement les contributions de C. JOPPKE, « Pluralism vs. Islam and Christianity in the European Court of Human Rights », pp. 89 à 109 et A. CEBADA ROMERO, « Religion-Based Legal Pluralism and Human Rights in Europe », pp. 400 à 422.

<sup>85</sup> Selon la terminologie employée par la Cour. Voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 116 ; arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 68. La traduction anglaise de système multijuridique, à savoir « *plurality of legal systems* » n'a été utilisée par la Cour que dans un autre arrêt : Cour eur. D.H., arrêt *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie* précité, § 110. La Cour semble confondre les notions de « système multijuridique », qui renvoie à un système unique chapeautant des normativités multiples, et « pluralisme juridique » qui, comme nous l'avons vu n.b.p. n° 83, renvoie à la coexistence d'une pluralité de droits sans nécessairement de système de coordination.

été avancées<sup>86</sup>. Premièrement, un tel pluralisme juridique supprimerait, selon la Cour, « le rôle de l'État en tant que garant des droits et libertés individuels et organisateur impartial de l'exercice des diverses convictions et religions dans une société démocratique, puisqu'il obligerait les individus à obéir non pas à des règles établies par l'État dans l'accomplissement de ses fonctions précitées, mais à des règles statiques de droit imposées par la religion concernée »<sup>87</sup>. Deuxièmement, ce système serait profondément discriminatoire en ce qu'il se traduirait par « une différence de traitement [injustifiable] entre les justiciables dans tous les domaines du droit public et privé selon leur religion ou leur conviction »<sup>88</sup>. Eva Brems déduit de cet arrêt qu'« *in the eyes of the European Court of Human Rights, legal pluralism is by definition at odds with human rights* »<sup>89</sup>. Néanmoins, la Cour avait pris le soin de souligner qu'elle n'était pas « invitée à se prononcer *dans l'abstract* sur les avantages ou sur les inconvénients d'un système multijuridique »<sup>90</sup>. En effet, c'est bien le projet politique du Refah qui envisageait d'appliquer *certaines* règles de droit privé de la charia à la population musulmane de Turquie dans le cadre d'un système multijuridique qui pose problème d'après la Cour et non toute forme de pluralisme juridique<sup>91</sup>. Patrick Macklem en a été conscient et a posé les conditions d'acceptation du pluralisme juridique pour que ce dernier-ci soit en adéquation avec les enseignements de l'affaire *Refah Partisi* :

■ « *First, the advocacy and introduction of a plural legal order must provide individuals with the freedom to choose whether to be bound by the norms of religious, ethnic or cultural communities to which they belong or by state law on the same topic. Second, the scope of lawmaking authority vested in the various legal orders nested within a state must be limited in scope. Third, a plural legal order must respect and retain the state's role as a democratic guarantor of individual rights and freedoms* »<sup>92</sup>. ■

**13.** Dans son arrêt *Fondation Zehra et autres contre Turquie*, la Cour n'a pas profité de l'occasion pour préciser sa jurisprudence initiée par l'affaire *Refah Partisi* et notamment le fait que l'implémentation d'un « système multijuridique » dans un État partie à la Convention ne peut aboutir à créer une discrimination « entre les justiciables dans tous les domaines du droit public et privé selon leur religion ou leur conviction ». Pourtant, certains écrits du bulletin officiel de la fondation requ-

<sup>86</sup> Le juge Kovler a regretté que la formation de grande chambre, « en reproduisant les conclusions de la chambre (paragraphe 119 de l'arrêt), ait manqué l'occasion de porter une appréciation plus approfondie sur la notion de système multijuridique, qui est liée à celle du pluralisme juridique et qui a droit de cité dans la théorie et la pratique juridiques anciennes et contemporaines ». Voy. A. Kovler, opinion concordante sous Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité. Voy. aussi K. BOYLE, *op. cit.*, pp. 15 et 16.

<sup>87</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 119; arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 70.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> E. BREMS, « Legal Pluralism as a Human Right and/or as a Human Rights Violation », *Human rights encounter legal pluralism: Normative and Empirical Approaches*, G. CORRADI, E. BREMS et M. GOODALE (dir.), Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 23 à 39, spéc. p. 31 (nous soulignons). Eva Brems précise aussi à la page 35 que : « *while the reasoning of the European Court of Human Rights in the Refah judgment is vulnerable to criticism, it has undeniably strong authority. As a fairly recent judgment, which was adopted by a unanimous Grand Chamber, it is not likely to be overruled in the near future* ».

<sup>90</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 127 (nous soulignons).

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> P. MACKLEM, *op. cit.*, p. 510 (nous soulignons).

rante «prônaient une distinction entre les citoyens d'origine turque et les citoyens d'origine kurde»<sup>93</sup> et montraient que celle-ci avait pour objectif ultime «la création d'un État théocratique et totalitaire, avec un système basé sur la charia et avec une population d'origine kurde»<sup>94</sup>. La Cour a cependant considéré que cet objectif ne se démarquait pas de celui visant à instaurer la charia comme modèle de société et a par conséquent refusé «de procéder à une appréciation séparée des constats des tribunaux établissant que la fondation requérante prônait une discrimination en consacrant son modèle d'État théocratique aux personnes d'origine kurde»<sup>95</sup>.

**14.** Ce refus de la Cour peut s'expliquer par la délibération au même moment de l'affaire *Molla Sali contre Grèce*<sup>96</sup> dans laquelle la requérante invoquait une discrimination trouvant son origine dans l'existence d'un régime juridique particulier applicable uniquement et *obligatoirement* aux membres de la communauté musulmane de Thrace. Par cet arrêt, la Cour va renverser le raisonnement qu'elle avait précédemment adopté dans l'affaire *Refah Partisi*<sup>97</sup>. Ainsi, elle ne va pas expliciter les raisons d'une incompatibilité du pluralisme juridique avec le système de la Convention. Elle va, au contraire, préciser les conditions d'acceptation du pluralisme juridique pour que ce dernier soit en adéquation avec la Convention.

**15.** Précisons d'emblée que le régime juridique particulier applicable aux musulmans grecs de Thrace occidentale dans l'affaire *Molla Sali* ne concernait *que* le droit de la personne et de la famille. Il s'agit ici d'une différence notable avec les arrêts *Refah Partisi et autres contre Turquie* et *Kasymakhunov et Saybatalov contre Russie*. En effet, dans l'arrêt *Refah Partisi*, le «système multijuridique» proposé par le parti *Refah* aurait introduit «dans l'ensemble des rapports de droit une distinction entre les particuliers fondée sur la religion». «Un tel système», selon la Cour, «[aurait indéniablement enfreint] le principe de non-discrimination des individus dans leur jouissance des libertés publiques, qui constitue l'un des principes fondamentaux de la démocratie. En effet, une différence de traitement entre les justiciables dans tous les domaines du droit public et privé selon leur religion ou leur conviction n'a manifestement aucune justification au regard de la Convention, et notamment au regard de son article 14, qui prohibe les discriminations»<sup>98</sup>. Dans l'arrêt *Kasymakhunov et Saybatalov*, la Cour précisa ceci :

«Furthermore, in its literature Hizb ut-Tahrir clearly states its intention to introduce a plurality of legal systems, that is, a distinction between individuals in all

<sup>93</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 15.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 64.

<sup>96</sup> L'affaire *Fondation Zehra* a été délibérée en chambre du conseil le 12 juin 2018, soit entre les deux délibérations de la grande chambre dans l'affaire *Molla Sali* les 6 décembre 2017 et 8 novembre 2018. Par ailleurs, trois juges ont statué sur les deux affaires : Robert Spano (président dans l'arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie*), Ledi Bianku et Paul Lemmens.

<sup>97</sup> Selon nous, il ne s'agit pas à proprement parler d'un véritable revirement de jurisprudence dans la mesure où la Cour a pris le soin de préciser à de multiples reprises qu'elle ne se prononçait *dans l'abstrait* sur les avantages et les inconvénients d'un système multijuridique et que c'est uniquement le système multijuridique *tel que proposé par le Refah* qui ne saurait passer pour compatible avec le système de la Convention.

<sup>98</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 119 ; arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* précité, § 70.

fields of private and public law, with different rights and freedoms afforded depending on religion. Thus, according to Hizb ut-Tahrir's Draft Constitution, only Muslims will have the right to vote and to be elected, to become State officials or to acquire membership of political parties. Different tax rules and family laws will be applicable to Muslims and to adherents of other religions. The Court has already found that such a system cannot be considered to be compatible with the Convention system because it undeniably infringes the principle of non-discrimination on the ground of religion »<sup>99</sup>. ■

Ce sont ces considérations qui ont permis à Patrick Macklem d'affirmer que la Cour n'accepterait la mise en place d'un pluralisme juridique qu'à la condition que « *the scope of lawmaking authority vested in the various legal orders nested within a state must be limited in scope* »<sup>100</sup>. Le régime juridique applicable à la communauté musulmane de Thrace respecte bien cette condition étant donné qu'il se limite aux questions relevant du statut personnel comme nous venons de l'indiquer.

**16.** Pour ce qui est des conditions d'acceptation du pluralisme juridique au sein d'un État membre du Conseil de l'Europe, la Cour rappelle en premier lieu que « 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 »<sup>101</sup>. L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme avait déjà eu à trancher des affaires en ce sens concernant notamment la demande d'un statut fiscal particulier pour une communauté religieuse. La Commission a par exemple considéré que l'Église évangélique baptiste de Valence ne pouvait se prévaloir de l'article 9 de la Convention pour obtenir « un droit à ce que les locaux destinés au culte soient exonérés de tout impôt »<sup>102</sup>. De même, la même Église évangélique ne pouvait invoquer les articles 9 et 14 de la Convention afin de permettre à ses membres d'acquérir la possibilité d'affecter directement, par le biais de leur déclaration de revenus, une partie de leur impôt sur le revenu au soutien économique de leur Église à l'instar des Espagnols de religion catholique<sup>103</sup>.

Dans son arrêt *Molla Sali contre Grèce*, la Cour précise néanmoins qu'à partir du moment où un État crée un tel statut, il « doit veiller à ce que les critères pour que ce groupe bénéficie de ce statut soient appliqués d'une manière non discriminatoire »<sup>104</sup>. La Cour renvoie à l'arrêt *İzzettin Doğan et autres contre Turquie* qui préci-

<sup>99</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie* précité, § 110 (nous soulignons).

<sup>100</sup> P. MACKLEM, *op. cit.*, p. 510 (nous soulignons).

<sup>101</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 155. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Association de solidarité avec les témoins de Jéhovah et autres c. Turquie*, 24 mai 2016, req. n° 36915/10, § 97.

<sup>102</sup> Comm. eur. D.H., déc. *Bautista "El Salvador" et Ortega Moratilla c. Espagne*, 10 et 11 janvier 1999, req. n° 17522/90. Voy. aussi Comm. eur. D.H., déc. *Association « Sivananda de Yoga Vedanta » c. France*, 16 avril 1998, req. n° 30260/96 concernant le rejet d'une demande d'exonération d'impôt des sociétés par une a.s.b.l. qui prône la pratique et l'enseignement du yoga et de la philosophie hindouiste vedanta.

<sup>103</sup> Cour eur. D.H., déc. *Alujer Fernandez et Caballero Garcia c. Espagne*, 14 juin 2001, req. n° 53072/99. Pour plus de précision sur cet arrêt, voy. les développements de S. WATTIER, *Le financement public des cultes et des organisations philosophiques non confessionnelles : analyse de constitutionnalité et de conventionnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 178 à 181 et pp. 831 à 841.

<sup>104</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 155.

sait en sus qu'«un État qui a créé un tel statut doit non seulement respecter son devoir de neutralité et d'impartialité, mais également veiller à ce que les groupes religieux aient une chance équitable de solliciter le bénéfice de ce statut»<sup>105</sup>. En l'espèce, des adeptes de la confession alévie de Turquie alléguaient devant la Cour qu'ils faisaient l'objet d'une discrimination basée sur la religion en ce qu'ils ne pouvaient bénéficier du même service public religieux que celui existant pour les musulmans adhérant à la branche sunnite de l'islam. En effet, bien que la Turquie soit un État laïque, la branche sunnite de l'islam jouit d'un statut spécial : la direction des affaires religieuses («DAR») – administration rattachée directement au Premier ministre – offre aux musulmans sunnites un service religieux sous la forme d'un service public<sup>106</sup> ; les mosquées sont reconnues comme lieux de culte et bénéficient d'une prise en charge par la DAR de leurs factures d'électricité ; les ministres du Culte musulman sont recrutés comme fonctionnaires par l'État et leur rémunération dépend du budget de la DAR. *A contrario*, la confession alévie n'étant pas reconnue par les autorités turques comme une religion ou un culte à part entière<sup>107</sup>, elle ne pouvait bénéficier de ces privilèges. La Cour considérera, en tenant compte notamment du contexte historique et des particularités de la confession alévie, qu'en octroyant un statut spécial à la branche sunnite de l'islam à l'exclusion presque totale de la communauté alévie de ce statut, la Turquie a créé une différence de traitement qui ne reposait sur aucune justification objective et raisonnable<sup>108</sup>.

En résumé, un État partie à la Convention peut, *mais ne doit pas* octroyer des privilèges voire un statut spécial à une communauté religieuse. S'il procède de la sorte, il doit permettre aux autres groupements religieux qui se trouveraient dans une situation analogue de bénéficier d'un statut comparable sauf justification objective et raisonnable qui peut trouver sa source dans le contexte historique et dans les particularités de la religion en cause.

**17.** La Cour précise, en deuxième lieu, que la mise en place d'un pluralisme juridique est subordonnée au respect du droit de libre identification, «droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités»<sup>109</sup>. La locution est

<sup>105</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *İzzettin Doğan et autres c. Turquie* précité, § 164. Voy. aussi le paragraphe 158 : «si l'État est allé au-delà de ses obligations et a créé des droits supplémentaires qui relèvent de la portée plus large des droits garantis par la Convention dans leur ensemble, il ne peut, dans l'application de ces droits, adopter de mesures discriminatoires au regard de l'article 14» et le paragraphe 183 : «il ne fait pas de doute que les États jouissent d'une marge d'appréciation dans le choix des formes de coopération avec les différentes communautés religieuses. Mais, quelle que soit la forme choisie, il incombe à l'État de mettre en place des critères objectifs et non discriminatoires de manière à donner aux communautés religieuses qui le souhaiteraient une possibilité équitable de demander le bénéfice d'un statut offrant des avantages particuliers pour les cultes».

<sup>106</sup> Ce statut s'expliquerait «par l'inexistence dans la religion musulmane d'une autorité religieuse absolue ou d'une organisation religieuse comparable au statut de l'Église dans la religion chrétienne, ou d'un clergé ou d'autres groupes privilégiés» (Cour eur. D.H. (GC), arrêt *İzzettin Doğan et autres c. Turquie* précité, § 26).

<sup>107</sup> Et même considérée comme un ordre soufi, ordre interdit en Turquie par une loi n° 677 du 30 novembre 1925.

<sup>108</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *İzzettin Doğan et autres c. Turquie* précité, § 184. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Cumhuriyetçi Eğitim V° Kültür Merkezi Vakfı c. Turquie*, 2 décembre 2014, req. n° 32093/10, spéc. § 48 : «la Cour souligne qu'il ne découle des dispositions de la Convention aucune obligation pour les États d'accorder un statut spécial aux lieux de culte. Toutefois, l'État ayant en l'espèce décidé lui-même d'offrir un statut spécial et privilégié aux lieux de culte, et donc d'aller au-delà de ses obligations en vertu de la Convention, il importe de vérifier s'il n'en a pas refusé de manière discriminatoire le bénéfice à certains groupes religieux».

<sup>109</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 157.

empruntée à la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales<sup>110</sup> même si le droit de libre identification « constitue la “pierre angulaire” du droit international de la protection des minorités en général »<sup>111</sup>. Il implique qu'une personne appartenant à une minorité puisse toujours avoir le droit de *choisir* d'être traitée ou de ne pas être traitée comme telle<sup>112</sup>, c'est-à-dire soit de *se soumettre* au régime juridique particulier applicable à cette minorité ou soit de relever du droit commun. « Le choix en question », précise la Cour, « est parfaitement libre, pourvu qu'il soit éclairé »<sup>113/114</sup>.

Cet enseignement rejoint la jurisprudence de la Cour concernant l'article 9 de la Convention et plus spécialement le versant négatif de la liberté de religion<sup>115</sup>. Ainsi, la Cour a déjà précisé que la liberté de religion implique « celle d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer »<sup>116</sup>. Selon l'ancienne Commission, la liberté négative de religion protège aussi les individus « *from being compelled to be involved directly in religious activities against his will without being a member of the religious community carrying out those activities* »<sup>117</sup>. Concernant cette fois-ci l'autonomie interne des groupes confessionnels, la liberté de religion d'un individu qui participe *volontairement* à la vie d'une communauté religieuse, mais avec laquelle il en désaccord doctrinal ou organisationnel, s'exerce « par sa faculté de quitter *librement* la communauté »<sup>118</sup>.

<sup>110</sup> La Cour s'y réfère dans sa partie « droit et pratique internationaux ». Voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, §§ 67 et 68. Précisons que la Grèce a signé la Convention-cadre le 22 septembre 1997, mais ne l'a jamais ratifiée, ce qui n'empêche pas la Cour de s'en prévaloir au titre d'« adjuvant interprétatif » des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (l'expression est empruntée à F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « Le soft law et la Cour européenne des droits de l'homme: questions de légitimité et de méthode », *Les sources du droit revisitées*, I. HACHEZ e.a. (dir.), Vol. 1, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2012, pp. 381 à 431; *Rev. trim. dr. h.*, 2012/91, pp. 433 à 489). Voy. par exemple Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 novembre 2008, req. n° 34503/97, § 86: « il n'est pas nécessaire que l'État défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des États membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes ».

<sup>111</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 157.

<sup>112</sup> Article 3, § 1<sup>er</sup>, de la Convention-cadre.

<sup>113</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 157.

<sup>114</sup> Sur le caractère libre et éclairé du choix ou du consentement, voy. J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux: étude de droit français*, Paris, A. Pedone, 2016, pp. 331 à 349; S. VAN DROOGHENBROECK, « La renonciation aux droits fondamentaux », *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 381 à 384; O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 456 à 469; P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés: la Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 549 à 577.

<sup>115</sup> Voy. F. SUDRE avec la coll. de L. MILANO et H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2019, pp. 785 et 786.

<sup>116</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Buscarini et autres c. Saint-Marin*, 18 février 1999, req. n° 24645/94, § 34. La liberté de religion comporte aussi « le droit pour l'individu de ne pas être obligé de faire état de sa confession ou de ses convictions religieuses et de ne pas être contraint d'adopter un comportement duquel on pourrait déduire qu'il a – ou n'a pas – de telles convictions » (Cour eur. D.H., arrêt *Alexandridis c. Grèce*, 21 février 2008, req. n° 19516/06, § 38).

<sup>117</sup> Comm. eur. D.H., rapport *Darby c. Suède*, 9 mai 1989, req. n° 11581/85, § 51 cité par F. SUDRE avec la coll. de L. MILANO et H. SURREL, *op. cit.*, p. 786.

<sup>118</sup> « L'article 9 ne garanti[ssant] aucun droit à la dissidence à l'intérieur d'un organisme religieux ». Voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Fernández Martínez c. Espagne*, 12 juin 2014 précité, § 128; (GC), arrêt *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, 9 juillet 2013, req. n° 2330/09, § 137; arrêt *Miroļubovs et autres c. Lettonie*, 15 septembre 2009, req. n° 798/05, § 80 (nous soulignons).

En résumé, l'individu issu d'une minorité doit avoir la possibilité de ne pas se voir imposer le régime juridique différencié mis en place afin de protéger cette minorité tout comme le membre d'une communauté religieuse ne peut être contraint à rester un adepte de cette communauté en cas de désaccord doctrinal ou organisationnel. C'est précisément ce qui faisait défaut au régime juridique mis en place par la Grèce pour sauvegarder le particularisme religieux de la minorité musulmane de Thrace. En effet, selon une jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation grecque, la charia était la seule à pouvoir s'appliquer à une succession *ab intestat* de membres de la communauté musulmane de Thrace, sans possibilité pour ces membres d'y renoncer s'agissant d'un droit spécial protecteur de la minorité en question<sup>119</sup>. La Cour européenne précisera qu'il s'agit d'une atteinte au droit de libre identification en rappelant que «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»<sup>120</sup>. La Grèce anticipera cette condamnation de la Cour en adoptant début 2018 une loi «visant à abolir le régime spécifique imposant le recours à la charia pour le règlement des affaires familiales de la minorité musulmane», recours qui n'est désormais possible qu'en cas d'accord de tous les intéressés<sup>121</sup>.

**18.** La Cour ajoute, en troisième lieu, que l'établissement d'un régime juridique particulier de protection d'une minorité religieuse ne peut comporter, pour les membres de cette minorité, renonciation à certains de leurs droits fondamentaux que si pareille renonciation ne se heurte pas à un intérêt public important. La Cour ne se prononce pas, dans l'arrêt *Molla Sali contre Grèce*, sur la question de savoir si l'application de la charia à la minorité musulmane de Thrace heurterait *concrètement* un intérêt public important. La Cour s'est contentée de relever que *l'imposition* de la charia aux membres de la communauté musulmane de Thrace portait atteinte au principe de libre identification, élément suffisant pour arriver à un constat de violation de la Convention.

La question risque néanmoins de ressurgir dans le contentieux européen des droits de l'homme étant donné que la Grèce permet toujours aux membres de la minorité musulmane de Thrace de recourir à la charia dans le règlement de leurs affaires familiales moyennant désormais l'accord de tous les intéressés<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, §§ 45 et 55. Voy. aussi le paragraphe 158 dans lequel «la Cour relève enfin que la présente affaire met en lumière le fait que la Grèce est le seul pays en Europe qui, jusqu'à l'époque des faits, appliquait la charia à une partie de ses citoyens *contre leur volonté*» (nous soulignons).

<sup>120</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 156.

<sup>121</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, §§ 57 et 160.

<sup>122</sup> Sans parler que tout État membre du Conseil de l'Europe peut être confronté à des questions relatives à l'importation de la charia au titre de loi étrangère dans un conflit relevant du droit international privé. Voy. N. BERNARD-MAUGIRON et B. DUPRET (dir.), *Ordre public et droit musulman de la famille : en Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 468 p.

De son côté, la France, selon la Cour, « appliquait la charia à la population du territoire de Mayotte, mais cette pratique a pris fin en 2011 »<sup>123</sup>. La situation est néanmoins plus complexe, car, comme le souligne Hugues Fulchiron, « le processus de départementalisation de l'île a [certes] entraîné d'importantes innovations : l'ordonnance n° 0127 du 4 juin 2010 a interdit la polygamie et la répudiation ; les inégalités successorales fondées sur le sexe ou sur les circonstances de la naissance ont été prohibées [...]. Il n'en reste pas moins que l'application de la coutume en matière de statut personnel reste le principe (art. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance de 2010) : sont notamment régis par ces règles les effets personnels du mariage, la filiation, l'autorité parentale, l'essentiel des relations patrimoniales dans le couple ainsi que... les successions »<sup>124</sup>.

Quant au Royaume-Uni, celui-ci est aux prises avec l'existence, sur son territoire, de *charia councils*, dont certains – les *Muslims Arbitration Tribunals* (« MAT ») – ont vu leur existence juridique reconnue en 2008 et sont désormais soumis au régime de l'*Arbitration Act 1996*<sup>125</sup>. Comme le soulignent Nathalie Bernard-Maugiron et Jean-Philippe Bras, « les MAT ont une compétence d'arbitrage en matières civile et commerciale. Leurs décisions qui lient les parties peuvent être enregistrées par les juridictions ordinaires. Mais les parties au procès ont toujours la faculté de faire appel devant ces mêmes tribunaux »<sup>126</sup>. Le Royaume-Uni n'est cependant pas le seul pays à reconnaître des effets juridiques à des dispositifs d'origine religieuse. Les articles 59 et 60 du Code civil espagnol par exemple reconnaissent des effets civils à certains mariages religieux, notamment ceux célébrés conformément au droit canon, mais pas seulement<sup>127</sup>. La situation est identique en Italie où certains mariages religieux, dont ceux célébrés par un ministre du culte catholique, emportent des effets juridiques en droit italien<sup>128</sup>.

La pérennité de certains de ces régimes spécifiques semble cependant en péril. En effet, la Cour s'est ralliée dans son arrêt *Molla Sali contre Grèce* aux constats de plusieurs organes internationaux qui « 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 »<sup>129</sup>. De même,

<sup>123</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 82.

<sup>124</sup> H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 317.

<sup>125</sup> J.R. BOWEN, *On British Islam: religion, law, and everyday practice in shari'a councils*, Princeton, Princeton University Press, 2016, 275 p.; M. ZEE, « Five Options for the Relationship between the State and Sharia Councils: Untangling the Debate on Sharia Councils and Women's Rights in the United Kingdom », *Journal of Religion & Society*, vol. 16, 2014, pp. 1 à 18; R. GRIFFITH-JONES (dir.), *Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari'a*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 318 p.; F. AHMED et J.C. NORTON, « Religious Tribunals, Religious Freedom, and Concern for Vulnerable Women », *Child and Family Law Quarterly*, vol. 24, 2012/4, pp. 363 à 388; K. BENSON, « Legal Pluralisms, Legal Border Zones: Shar'ia Law and Trans-jurisdictional Migration in United Kingdom », *Studia Sociologica IV*, vol. 1, 2012, pp. 139 à 150; K. BENSON, « Shar'ia Law and the Accommodation of Difference: Explaining the Emergence and Continued Importance of the British Shar'ia Councils », *UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law*, vol. 21, 2012, pp. 21 à 35.

<sup>126</sup> N. BERNARD-MAUGIRON et J.-P. BRAS, *op. cit.*, p. 181.

<sup>127</sup> Il s'agit aussi, moyennant le respect d'autres conditions, des mariages célébrés selon les rites des communautés évangéliques, israélites ou islamiques ou de l'Église de Jésus-Christ des Saints des derniers jours ou de l'Église des Témoins de Jéhovah. Voy. S. WATTIER, « L'obligation constitutionnelle d'antériorité du mariage civil sur le mariage religieux », *Liber amicorum Jean-Louis Renchon*, Bruxelles, Larcier, 2020 (à paraître).

<sup>128</sup> Voy. S. WATTIER, *ibidem*, (à paraître).

<sup>129</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 154.



dans un arrêt *Konstantin Markin contre Russie* du 22 mars 2012, la Cour a érigé la prohibition de la discrimination fondée sur le sexe en intérêt public important<sup>130</sup>. En l'espèce, le requérant, militaire russe qui s'était engagé *volontairement* dans l'armée, invoquait l'existence d'une discrimination opérée en fonction du sexe en ce que les militaires de sexe masculin ne pouvaient bénéficier d'un droit légal à un congé parental de trois ans, contrairement aux militaires de sexe féminin<sup>131</sup>. À l'argument du Gouvernement selon lequel, en s'engageant dans l'armée, le requérant aurait renoncé à son droit à ne pas faire l'objet de discrimination, la Cour considère qu'« eu égard à l'importance fondamentale que revêt la prohibition de la discrimination fondée sur le sexe, l'on ne saurait admettre la possibilité de renoncer au droit à ne pas faire l'objet d'une telle discrimination, car pareille renonciation se heurterait à un intérêt public important »<sup>132</sup>.

Dans la continuité de cette jurisprudence, l'on pourrait considérer que la mise en place d'un régime juridique spécifique de protection d'une minorité qui intégrerait des discriminations fondées sur le sexe – l'exemple paradigmatique à l'heure actuelle étant la charia – se heurterait à un intérêt public important et violerait par conséquent la Convention.

#### IV. Conclusion

**19.** Au cours de l'année 2018, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu deux arrêts mettant aux prises la Convention européenne et la charia. Le premier arrêt, *Fondation Zehra et autres contre Turquie*, concernait un cas de promotion de la charia par une fondation d'utilité publique turque. La Cour a précisé qu'« une fondation dont l'action a pour but véritable l'instauration de la charia dans un État partie à la Convention [pouvait] difficilement passer pour une association conforme à l'idéal démocratique sous-jacent à l'ensemble de la Convention »<sup>133</sup>. La Cour a par conséquent avalisé la mesure de dissolution de la fondation en question par les juridictions turques. Le second arrêt, *Molla Sali contre Grèce*, concernait un cas d'application concrète de la charia par un État contractant. La Cour ne s'est pas prononcée *explicitement* sur l'adéquation de la charia avec la Convention. Elle a considéré que le régime juridique spécifique *imposant* la charia aux musulmans de Thrace en Grèce portait atteinte au droit de libre identification négative, à savoir « le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité »<sup>134</sup>. Par ses deux arrêts, la Cour prolonge les enseignements

<sup>130</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012, req. n° 30078/06, § 150. Cet arrêt suit en cela les arrêts *D.H. et autres c. République tchèque* et *Sampanis et autres c. Grèce* qui avaient considéré que la prohibition de la discrimination raciale constituait un tel intérêt. Voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, req. n° 57325/00, § 204; Cour eur. D.H., arrêt *Sampanis et autres c. Grèce*, 5 juin 2008, req. n° 32526/05, § 95. Voy. toutefois Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Oršuš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, req. n° 15766/03.

<sup>131</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Konstantin Markin c. Russie* précité, § 107.

<sup>132</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Konstantin Markin c. Russie* précité, § 150.

<sup>133</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 62.

<sup>134</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 157.

qu'elle avait fixés au début des années 2000 dans l'affaire *Refah Partisi et autres contre Turquie*.

Dans l'arrêt *Fondation Zehra*, la Cour rappelle l'incompatibilité absolue existant entre un régime fondé sur la charia et la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, la Cour reprend son considérant de principe selon lequel «il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et de soutenir un régime fondé sur la charia, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention»<sup>135</sup>. Une telle condamnation d'un régime fondé sur la charia ne se retrouve pas dans l'arrêt *Molla Sali*. La Cour s'est en effet concentrée sur le caractère contraignant du régime juridique spécifique renvoyant à la charia pour les membres de la communauté musulmane de Thrace, contraire au droit de libre identification négative. Certains auteurs ont déduit de ce silence que la Cour acceptait désormais qu'«un État européen [accorde] à sa communauté musulmane la liberté d'être régie par des normes de la charia, sans que cela soit, en soi, contraire à la Convention européenne des droits de l'homme»<sup>136</sup>. Une analyse plus fouillée de l'arrêt permet néanmoins d'atténuer cette affirmation<sup>137</sup>.

Premièrement, la Cour considère que ni le traité de Sèvres ni le traité de Lausanne n'imposait à la Grèce d'appliquer la charia à la communauté musulmane de Thrace. Seul un respect des *usages* de la minorité musulmane découlait de la ratification de ces traités. Le gouvernement grec ne pouvait en tout état de cause invoquer ces traités pour y inférer une obligation d'appliquer la charia à la minorité musulmane. Deuxièmement, la Cour a rappelé dans son arrêt *Molla Sali* que «plusieurs organes internationaux se sont dit préoccupés par l'application de la charia aux musulmans grecs de Thrace occidentale»<sup>138</sup> et ont dénoncé les discriminations découlant de cette application pour les femmes et les enfants. Troisièmement, la Cour a précisé les conditions entourant la mise en place d'un régime juridique spécifique de protection d'une minorité religieuse. Il faut tout d'abord respecter le droit de libre identification négative, à savoir le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité. Il faut ensuite que les renoncements aux droits fondamentaux consenties par les personnes appartenant à cette minorité ne heurtent pas un intérêt public important. En l'espèce, l'application de la charia aux membres de la communauté musulmane de Thrace était obligatoire sans possibilité pour ces derniers d'opter pour le droit commun. Ce constat était suffisant pour entraîner une violation de l'article 14 de la Convention combinée ici avec l'article 1<sup>er</sup> du protocole 1<sup>er</sup>. La Cour ne s'est donc pas prononcée sur la question de savoir si les dispositions de la charia *en tant que telles* heurtaient *concrètement* un intérêt public important. Cette question risque néanmoins d'être posée prochainement, la Grèce n'ayant pas purement et simplement supprimé le recours à la charia pour le règlement des affaires familiales de la

<sup>135</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Fondation Zehra et autres c. Turquie* précité, § 62.

<sup>136</sup> Par ex. G. PUPPINCK, *op. cit.*

<sup>137</sup> Voy. J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, pp. 281 à 286.

<sup>138</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Molla Sali c. Grèce* précité, § 154.

minorité musulmane, mais simplement conditionné son application à l'accord de tous les intéressés. Cela permettra sans doute à la Cour de trancher la question de la compatibilité, non pas de la charia comme concept abstrait et univoque, mais de certaines de ses dispositions avec les valeurs de la Convention. En tout état de cause, pareilles dispositions risquent de se heurter à un intérêt public important s'il découle de leur application des discriminations fondées sur le sexe. La Cour a en effet érigé au titre d'intérêt public important la prohibition de telles discriminations par son arrêt *Konstantin Markin contre Russie*<sup>139</sup>.

**François Xavier**

Assistant-doctorant à l'Université de Namur.  
Membre du Centre de recherches Vulnérabilités & Sociétés (V&S)

---

<sup>139</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Konstantin Markin c. Russie* précité, § 150 : « Enfin, pour ce qui est de l'argument du Gouvernement selon lequel, en s'engageant dans l'armée, le requérant a renoncé à son droit à ne pas faire l'objet de discrimination, la Cour considère que, eu égard à l'importance fondamentale que revêt la prohibition de la discrimination fondée sur le sexe, l'on ne saurait admettre la possibilité de renoncer au droit à ne pas faire l'objet d'une telle discrimination, car pareille renonciation se heurterait à un intérêt public important ».