
Religion et Cour européenne des droits de l'Homme

Actes du colloque organisé par l'APIDH (édition 2013)



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1384>

DOI : [10.4000/revdh.1384](https://doi.org/10.4000/revdh.1384)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

« Religion et Cour européenne des droits de l'Homme », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 7 | 2015, mis en ligne le 05 juin 2015, consulté le 09 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1384> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1384>

Association de promotion interuniversitaire des
droits de l'homme

La religion et la Convention européenne des droits
de l'Homme

Colloque du Concours Habeas Corpus 2013
4 et 5 mai 2013

<i>Liberté religieuse et laïcité : une véritable singularité française ?</i>	4
I- Interaction entre les droits de l’homme et la liberté de religion.....	10
La liberté religieuse face aux autres libertés	11
<i>Constitutions et liberté religieuse</i>	11
<i>La liberté d’expression face à la liberté de religion</i>	20
<i>Religion et liberté de création</i>	26
La liberté religieuse face à la laïcité.....	34
<i>Liberté religieuse et espaces publics</i>	34
<i>Religion et santé en France sous le regard de Cour européenne des droits de l’Homme</i>	44
<i>Liberté religieuse et droit à l’instruction</i>	51
II- Applications spécifiques	56
<i>L’autonomie des collectivités religieuses</i>	56
<i>Lutte contre les dérives sectaires et respect de la CEDH : quels équilibres ?</i>	66
III- REGARDS CROISES	82
<i>La protection de la liberté religieuse dans le cadre du système interaméricain</i>	83
<i>La liberté de religion dans le système africain de protection des droits de l’homme</i>	95
<i>La liberté de religion dans la charte arabe des droits de l’homme</i>	105
<i>L’Onu et la liberté religieuse</i>	119
CONCLUSION DU COLLOQUE	141
<i>Quelques réflexions sur la liberté de religion et la Cour européenne des droits de l’homme, en guise de conclusions</i>	141

Propos introductifs

Liberté religieuse et laïcité : une véritable singularité française ?

Mathilde PHILIP-GAY,

Maître de conférences en droit public, directrice du D.U. « Religion, liberté religieuse et laïcité »

« Ceux qui croient encore à la nécessité d'appuyer la morale sur une religion particulière doivent eux-mêmes approuver cette séparation ». (Jean Antoine Nicolas DE CONDORCET¹)

L'objet du présent ouvrage, né grâce au dynamisme des membres de l'Association pour la Promotion Interuniversitaire des Droits de l'Homme, est de réfléchir à l'appréhension de la religion par la Cour EDH.

En dépit du faible nombre de violations de l'article 9 constatées², c'est un sujet d'une réelle importance, d'autant plus qu'il sera traité dans ces pages en le confrontant aux autres libertés, puis au principe de laïcité avant de porter quelques regards croisés sur ce thème. C'est une réflexion au sens particulier dans la patrie de Condorcet qui voyait en la diffusion de la Raison le moyen de préserver les droits de l'homme et du citoyen et qui prônait donc la laïcisation de l'instruction publique afin d'affranchir cette philosophie de toute chaîne et de toute autorité.

Il faut préciser que la laïcité française se distingue par un ancrage philosophique issu des penseurs des Lumières la rendant susceptible de réinterprétations constantes. Elle « prend racine dans les théories [...] du contrat qui supposent l'immanence de l'objet politique : c'est en eux seuls que les hommes trouvent les ressources suffisantes pour produire un corps politique acceptable et durable »³. Dès ses origines, elle fonde donc la construction intellectuelle d'une société libre de toute emprise des Églises, ce qui a pour conséquence d'abord de renvoyer les affaires spirituelles à la sphère privée et ensuite de proscrire l'imposition d'une religion civile par le politique⁴.

Ses racines philosophiques permettent ainsi une discussion continuelle de son contenu. C'est ce qui explique que la laïcité soit devenue une notion politique au contenu mouvant. En effet, bien qu'il y ait une indifférence de l'Etat envers la croyance, l'incroyance et l'indifférence en tant que telles, il doit tout de même prendre en compte le fait religieux ne serait-ce que pour faire respecter ordre public et cohésion sociale. Laïcistes, laïcards, partisans de la laïcité ouverte ou positive, voir « défenseurs » ou « combattants » de la laïcité, les gouvernants font transparaître leur conception de ces néologismes dans leur appréhension de ce fait religieux. Leurs décisions en la matière sont à leur tour interprétées de manière multiple ce qui entraîne confusions, appropriations et détournements. Ainsi, lorsqu'un représentant de l'Etat rend visite au souverain pontife, se rend à un repas de rupture du jeûne du Ramadan ou du Conseil représentatif des institutions juives de France, son attitude, ses paroles sont mesurées et scrutées par rapport à l'interprétation politique que lui-même et ses observateurs font de la laïcité.

¹ Rapport et projet de décrets relatifs à l'organisation générale de l'instruction publique, 20 et 21 avril 1792.

² Il n'y a à ce jour qu'une quarantaine de violations constatées.

³ « Laïcité », *Encyclopédie philosophique universelle*, PUF, 1998, vol. I : Les notions, p. 1432.

⁴ *Ibid.*

Seule la définition juridique de la laïcité représente une voie d'apaisement de ces dissonances contrairement à ce que des arrêts et décisions récentes pourraient laisser suggérer. C'est à ce propos que s'exprime la spécificité française. Elle se traduit par l'importance donnée à l'une de ces composantes : la neutralité. Comme l'expliquait Rivero, dans sa fameuse chronique de 1949 au Recueil Dalloz : « Laïcité : le mot sent la poudre [...] le seuil du droit franchi, les disputes s'apaisent ; pour le juriste, la définition de la laïcité ne soulève pas de difficultés majeure ; [...] une seule [conception] a trouvé place dans les documents officiels : [...] la laïcité en un seul et même sens, celui de neutralité religieuse de l'Etat ». Plus de cinquante ans plus tard, la Commission Stasi par référence aux écrits de Rivero décrit deux autres composantes de la laïcité, en plus de la neutralité : la liberté religieuse et le pluralisme⁵. L'intérêt de cette définition est de réunir l'ensemble du corpus juridique fondant ce principe sans toujours s'y référer expressément : la loi de 1905 telle que complétée par les lois ultérieures, le préambule de la Constitution de 1946 et l'article 1^{er} de la Constitution de 1946 réaffirmant le caractère laïque de la République, l'égalité de tous devant la loi sans distinction de religion et le respect de toutes les croyances. Elle a été précisée par le Conseil constitutionnel dans sa décision QPC du 23 février 2013⁶ en confirmant la valeur constitutionnelle du principe de laïcité. Selon la haute juridiction, « il en résulte la neutralité de l'État », « il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte, que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garanti[t] le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte ». Quelle que soit l'approche retenue (philosophique, politique ou juridique) parmi celles qui viennent d'être exposées, on présuppose souvent de la singularité de la séparation des églises et de l'Etat issue de la loi de 1905. Cette singularité doit pourtant être nuancée en replaçant la laïcité française dans un cadre occidental (I) puis dans un cadre européen (II).

I. Le cadre occidental de la laïcité française

La liberté religieuse étant l'une des composantes de la laïcité française, une comparaison est possible avec des Etats ne s'inscrivant pas formellement dans la première tout en préservant la seconde.

Dans cette conception, ce principe et ses applications ne sont pas toujours éloignés du régime juridique de la liberté religieuse dans d'autres Etats occidentaux non européens (A), comme le confirment aussi ses exceptions (B).

A. Des convergences juridiques avec des Etats extra-européens

En France comme dans d'autres pays, il existe une crispation particulière concernant l'interdiction du port de signes religieux, vécue comme évoluant vers un bannissement inexorable par ceux qui les rejettent comme par ceux qui en défendent le port. Pourtant, la laïcité concerne tout autant la reconnaissance et le financement des cultes, deux questions d'égale importance comme en témoignent non seulement la volonté de certaines associations françaises de demander leur reconnaissance en tant que religion y compris devant la Cour EDH, mais aussi le contentieux important s'agissant des aides et subventions. En dépit de ces particularités, un rapprochement est possible avec des Etats extra-européens.

⁵ COMMISSION DE REFLEXION SUR L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LAÏCITE DANS LA REPUBLIQUE, rapport remis au Président de la République, 11 décembre 2003.

⁶ CC, décision QPC, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*, 21 février 2013.

D'une part, aux Etats-Unis, nation construite notamment par des populations fuyant des persécutions religieuses, « Dieu joue un rôle important » selon l'expression du Chief Justice Rehnquist dans l'affaire *McCreary County*. La référence divine est en effet omniprésente ; on la retrouve dans les discours politiques, dans les grandes commémorations nationales ou même dans la Constitution. Toutefois, il y a une obligation de neutralité de l'Etat qui pourrait correspondre sous certains aspects à la représentation française. L'affichage des dix commandements dans une salle de tribunal est par exemple contraire au premier amendement de la Constitution⁷, disposant que « le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion ». Cette clause d'établissement est interprétée tantôt comme l'interdiction de faciliter toute religion, tantôt comme celle de faciliter une croyance par rapport à une autre. Mais il est aussi possible de penser que ces deux interprétations sont complémentaires ; c'est souvent le cas en France.

D'autre part, la lutte contre le blasphème a pu être considérée par la Cour EDH comme un but légitime⁸ (« protéger les croyants contre les injures et la liberté religieuse dans son principe »⁹) et ce, même si elle ne protège que la religion chrétienne¹⁰, alors qu'elle ne constitue pas une infraction aux Etats-Unis¹¹, comme sur une grande partie du territoire français¹². Contrairement à l'image que certains peuvent avoir de la législation américaine, la pénalisation des propos blasphématoires est donc européenne.

En réalité, si les protections de la liberté religieuse aux Etats-Unis et en France sont souvent présentées comme antagonistes, c'est en raison de cette confusion déjà dénoncée entre les interprétations politique et juridique de la séparation de l'église et de l'Etat. Pourtant, aux Etats-Unis, le subventionnement, le financement, et la reconnaissance des cultes sont d'application restreinte. De même, d'autres rapprochements sont possibles si l'on tient compte des hésitations ou des revirements jurisprudentiels aux Etats-Unis et de l'existence de droits locaux français.

B. Des exceptions facilitant encore le rapprochement avec d'autres Etats occidentaux

Il y a des exceptions qui en floutant les contours de la laïcité, font ressembler le droit des religions français à ceux d'autres Etats pourtant réputés très différents. En effet, la loi de 1905 est d'abord entrée en vigueur en métropole. Puis son application a été étendue entre 1907 et 1913 à l'Algérie, aux Antilles, à la Réunion et à Madagascar sans jamais vraiment s'appliquer à la religion musulmane sur le territoire algérien, religion restée sous le contrôle strict de l'Etat jusqu'à l'indépendance.

Elle ne s'est pas non plus étendue en Alsace-Lorraine qui était alors allemande. Si bien que dans les départements du Bas-Rhin, Haut-Rhin et de la Moselle, le droit local des cultes est encore très largement concordataire. Outre-mer, c'est l'ordonnance royale de Charles X du 27 août 1828¹³ ou les décrets-lois Mandel de 1939 qui organisent les rapports entre l'Etat et les cultes. À Mayotte, devenu le 31 mars 2011 un département d'outre-mer de l'article 73 de la Constitution permettant les « adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes

⁷ *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005).

⁸ Cour EDH, Ch., 25 novembre 1996, Affaire *Wingrove c. Royaume-Uni*.

⁹ HAUPAIS N., « Blasphème », in MESSNER F. (dir.), *Droit des religions*, dictionnaire, CNRS éditions, janvier 2011, p. 107.

¹⁰ Affaire *Wingrove c. Royaume-Uni* précitée, § 29.

¹¹ *Joseph Burstyn Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952)

¹² D'après l'article 166 du Code pénal d'Alsace-Moselle, « Celui qui aura causé un scandale en blasphémant publiquement contre Dieu par des propos outrageants, ou aura publiquement outragé un des cultes chrétiens ou une communauté religieuse établie sur le territoire de la Confédération et reconnue comme corporation, ou les institutions ou cérémonies de ces cultes, ou qui, dans une église ou un autre lieu consacré à des assemblées religieuses, aura commis des actes injurieux et scandaleux, sera puni d'un emprisonnement de trois ans au plus ».

¹³ En Guyane.

particulières de ces collectivités », des différences demeurent. L'organisation des cultes est demeurée originale¹⁴. Quant aux dix-sept cadis, ils ont été privés d'activité juridictionnelle et d'état civil mais conservent une fonction de médiation et de conciliation¹⁵.

Or, ces exceptions doivent être prises en compte dans la définition de la laïcité française d'autant plus que d'après le Conseil constitutionnel, elles ne lui sont pas contraires¹⁶. Cette constatation nuance donc la singularité du droit français : dans certains territoires la République reconnaît, salarie et subventionne certains cultes, ce qui assouplit la séparation de l'Eglise et de l'Etat et permet d'autres rapprochements. Ces derniers sont encore plus aisés lorsque le cadre de la comparaison se rétrécit pour devenir uniquement européen.

II. La laïcité française : un principe à replacer dans un cadre européen

La singularité française est fréquemment exagérée d'un point de vue juridique, ne serait-ce qu'en raison des interactions parfois spontanées entre les droits des religions des Etats européens. Ainsi, les expulsions régulières de non-catholiques du Royaume de France ont nécessairement eu une influence sur la législation en matière religieuse des Etats voisins. De même, la paix d'Augsbourg en 1555 a permis l'application en Europe du principe *cujus regio, ejus religio*, imposant que le prince choisisse la religion de sa population et autorisant ceux désirant s'y soustraire à émigrer.

C'est l'appartenance au Conseil de l'Europe qui révèle ce cadre préexistant en dépit des différences (A) tout en contribuant à le renforcer (B).

A. Un cadre européen préexistant

Certes, la France semble s'être singularisée par des dispositions législatives au retentissement international telles que l'interdiction du voile dans les écoles par la loi de 2004 ou celle de la dissimulation du visage dans l'espace public par celle de 2010.

Celle-ci se distingue des autres limitations à la liberté de manifestation religieuse par son caractère général et absolu qui ne la réserve plus aux rapports avec le service public en général ou à l'espace scolaire en particulier. Toutefois, elle n'est pas complètement isolée sur le continent européen, d'où l'importance de l'intervention de la Cour de Strasbourg sur ce point. En Belgique, la loi du 1^{er} juin 2011 visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage est comparable. Elle a été déclarée conforme à la Constitution par la Cour constitutionnelle le 6 décembre 2012¹⁷ avec des considérations similaires à celles auparavant effectuées par le Conseil constitutionnel français le 07 octobre 2010. On y retrouve une confrontation à la définition de l'espace public et de la dignité humaine, puis une interprétation de la jurisprudence de la Cour EDH. Même l'arrêt du tribunal suprême espagnol censurant une telle interdiction¹⁸ s'intègre dans cette dimension

¹⁴ C'est le cas par exemple de la procédure de nomination des évêques diocésains.

¹⁵ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 *portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître*.

¹⁶ Il a considéré s'agissant de l'Alsace-Moselle que « le grief tiré de ce que l'article VII des articles organiques des cultes protestants de la loi du 18 germinal an X relative à l'organisation des cultes serait contraire au principe de laïcité doit être écarté » (Décision QPC, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*, précitée, § 7).

¹⁷ Arrêt n° 145/2012.

¹⁸ Trib. supr. espag., 7ème sect., 6 février 2013, n°693/2013.

européenne puisqu'il annule les décisions en cause uniquement parce que sont des initiatives municipales et donc non législatives.

Ces trois décisions basées sur l'interprétation de l'article 9 de la Convention sont révélatrices d'un cadre européen qui pour des raisons historiques et sociales se forme et se déforme indépendamment de l'appartenance au Conseil de l'Europe et que les arrêts de la Cour ne font que révéler. Par exemple, dans le milieu du travail les questions suscitées par le désir d'afficher des opinions religieuses, ou le refus d'accomplir certaines tâches en raison de convictions intimes ne concernent pas que les agents publics ou les employés de France (C. cass., soc., 19 mars 2013), les universités turques ou les écoles suisses. Les arrêts de la Cour européenne récents dans quatre affaires contre le Royaume-Uni le montrent¹⁹.

Bien entendu, cette jurisprudence ne se contente pas de révéler le cadre européen d'appréciation de la liberté religieuse et donc de la laïcité. Elle le renforce.

B. Un cadre européen renforcé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

En premier lieu, l'appartenance au Conseil de l'Europe contribue en France à la préservation de la laïcité comme modèle, mais elle permet aussi de reconnaître les mêmes contours à la liberté religieuse que dans tous les autres Etats membres. En faisant de cette liberté l'un des piliers de la démocratie et en admettant qu'elle vaut pour les croyants comme pour les non croyants, la Cour permet sa préservation. Selon elle, « la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention » et « figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents »²⁰.

En second lieu, laisser aux Etats une marge nationale d'appréciation en la matière, revient à admettre la différence sans faire obstacle à une unification des droits, y compris dans ce domaine. Ainsi, en précisant les limites de la liberté religieuse, elle détermine les contours de la laïcité.

En effet, d'après l'alinéa 2 de l'article 9 de la Convention, « La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. » L'ingérence doit donc être législative, justifiée par un « *but légitime* » (comme par exemple dans l'affaire *Leyla Sahin contre Turquie*) et la restriction nécessaire dans une société démocratique. Or, la construction d'une société dans laquelle les Eglises et l'Etat sont séparés juridiquement sans pour autant s'ignorer politiquement s'intègre parfaitement dans ces limites. Néanmoins, la loi permettant l'ingérence doit être énoncée avec suffisamment de précision pour être prévisible, ce qui explique la condamnation de la France lorsqu'elle veut lutter contre certaines associations grâce à l'« arme fiscale », en l'occurrence la nouvelle formulation de l'article 757 du Code général des impôts, à défaut de pouvoir les qualifier en droit de secte²¹.

De même une société dans laquelle il y a une « religion majoritaire »²² peut aussi être organisée dans le cadre unificateur européen. La Cour admet donc que des crucifix puissent être accrochés dans les salles de classe « même si cela renvoie indubitablement au

¹⁹ Cour EDH, Ch., 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*.

²⁰ Cour EDH, Ch. 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, § 31 et § 79.

²¹ Cour EDH, Ch. 30 juin 2011, *Association Les Témoins de Jéhovah c. France*.

²² Cour EDH, Gr. Ch., 18 mars 2011, *Lautsi c/ Italie*, Grande Chambre, §71.

christianisme », car cela ne suffit « pas en soi pour caractériser une démarche d'endoctrinement de la part de l'État défendeur et pour établir un manquement aux prescriptions de l'article 2 du Protocole n° 1 »²³. En revanche, le refus de déplacer une audience le jour d'une fête juive n'a pas porté atteinte à la liberté religieuse d'un avocat²⁴. Ce ne sont que des illustrations mais elles permettent de montrer que les trois composantes de la liberté religieuse : la neutralité, la liberté religieuse et le pluralisme s'inscrivent dans un ensemble juridique cohérent plus vaste et nécessairement réunificateur.

En conclusion, les particularités françaises en matière de liberté religieuse, doivent être relativisées en les replaçant dans un cadre occidental mais surtout européen. C'est toute l'utilité des contributions qui suivent de permettre cette réflexion, en faisant appel à la Raison si chère à Condorcet pour la préservation de toutes les opinions « même religieuses »²⁵...

²³ *Ibid.*

²⁴ Cour EDH, Ch., 03 avril 2012, *Sessa Francesco c. Italie*.

²⁵ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, article 10.

***I-* Interaction entre les droits de l'homme et la liberté
de religion**

La liberté religieuse face aux autres libertés

Constitutions et liberté religieuse

Laurent ECK

Maître de conférences en droit public

Centre de droit constitutionnel

Université Jean Moulin- Lyon 3

« Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu »¹.

Le droit constitutionnel des Etats démocratiques, spécialement européens, fait sienne de cette maxime du Christ en consacrant d'une part le droit intime des êtres humains de rendre ou pas à Dieu ce qui est à Dieu² et en rendant à César ce qui est à César c'est à dire en organisant l'exercice de la liberté religieuse dans l'établissement des délicats rapports entre les religions et l'Etat³.

La thématique des liens entre la Constitution et la liberté religieuse n'est pas aisée à traiter et implique de définir, préalablement, ce que l'on peut entendre par « Constitution » et par « liberté religieuse ».

De manière classique, on considère que la « constitution » a pour objet de régler les rapports entre les plus hautes institutions d'un Etat et de garantir des droits et libertés fondamentaux aux citoyens de cet Etat. Il s'agit donc à la fois d'un « droit organisateur [et] un droit protecteur »⁴.

La liberté religieuse, quant à elle, est souvent considérée comme un aspect particulier de la liberté d'opinion mais, comme l'affirme Jacques Robert et Jean Duffar, « la liberté religieuse est à la fois incluse dans la liberté d'opinion tout en la dépassant »⁵. En effet, pour ses auteurs, la liberté religieuse « consiste tout d'abord pour l'individu à donner ou non son adhésion intellectuelle à une religion, à la choisir librement. Mais la religion ne s'épuise pas dans la foi ou dans la croyance. Elle donne naissance à une pratique qui est l'un de ses éléments fondamentaux. Il convient donc d'assurer le libre exercice des cultes afin de garantir pleinement la liberté religieuse. En cela la vérité religieuse dépasse la liberté d'opinion car la foi ne peut s'épanouir pleinement que si les églises sont totalement libres de leurs activités »⁶.

¹ Evangile de Saint Marc 12, 13-17.

² Hiam Mouannès, « Liberté religieuse entre universalisme et communautarisme », VIIIème Congrès français de droit constitutionnel, Nancy, 16, 17, 18 juin 2011, p. 1 : « le droit, le devoir, de rendre (ou pas) à Dieu ce qui est à Dieu est une question substantiellement intime ne relevant pas du « juridique » mais de la « nature » des choses ». V. aussi : Paul Valadier, « Justice de Dieu, justice des hommes, *Justice et Religion*, Champs libres : études interdisciplinaires, n°3, L'Harmattan, 2002, p. 17.

³ La Cour de Strasbourg prend fréquemment en compte cette dimension de la liberté religieuse. En ce sens : Jean-Pierre SCHOUPPE, « La dimension collective et institutionnelle de la liberté religieuse à la lumière de quelques arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme », R.T.D.H., 2005, p. 611-633.

⁴ Philippe Blachère, *Droit constitutionnel*, Hachette, 2005, p. 4.

⁵ Jacques Robert, Jean Duffar, *Droit de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 2009, 8^{ème} éd., p. 624.

⁶ *Ibid.*

Le rapport entre la liberté religieuse et le droit constitutionnel implique de se demander, en premier lieu, si un texte de nature constitutionnel a pour vocation de garantir la liberté religieuse, entendue ici comme liberté de conscience⁷.

La réponse est absolument positive car le principe d'une référence à la religion dans une constitution semble répondre à plusieurs critères :

- « - un critère historique : le rôle de la religion dans la formation et l'évolution d'un Etat
- un critère sociologique : en fonction du nombre de citoyens se déclarant croyants
- un critère philosophique contesté selon lequel les droits fondamentaux des hommes et des sociétés peuvent trouver leur source justificative en Dieu »⁸.

Les constitutions modernes, principalement des Etats membres de l'Union européenne, tendent à promouvoir la démocratie et l'Etat de droit. Il paraît donc inconcevable que la liberté de religion ne soit pas garantie par une norme fondamentale. En atteste le débat sur la référence religieuse lors de la rédaction du projet de traité portant Constitution pour l'Europe⁹. De surcroît, dans les Etats européens force est de remarquer que les textes constitutionnels sont loin d'être des actes profanes.

En second lieu, on peut se demander si une Constitution a pour vocation d'organiser les rapports entre l'Etat et les communautés religieuses ou même à faire une référence à la religion ou à une religion particulière.

En ce domaine, la question des rapports entre la religion et l'Etat peut être tranchée par la Constitution ou/et par d'autres textes. La loi est, à cet égard, exigée. Par exemple, le Tribunal suprême espagnol dans un arrêt du 6 février 2013 a pu énoncer que « l'interdiction du port du voile intégral par les autorités municipales portait atteinte à la liberté idéologique et religieuse » (article 16 de la Constitution espagnole, équivalent à l'article 9 de la CEDH sur la liberté de conscience et de religion). Cependant, le Tribunal n'a pas déclaré l'illégitimité absolue d'une telle interdiction. Il s'est borné à constater « qu'une réglementation municipale ne saurait suffire à limiter un droit fondamental, une telle limitation exigeant une intervention législative »¹⁰.

En réalité, il existe une pluralité de systèmes unissant les confessions religieuses et l'Etat. Jacques Robert et Jean Duffar considèrent qu'il existe trois formules de relations entre les religions et l'Etat. « Le premier système est celui de la fusion intégrale entre la religion et l'Etat. L'Etat théocratique est considéré en lui-même comme un phénomène religieux et ce système peut exister notamment dans certains pays musulmans. Le deuxième système plus répondu est celui de l'union. Les rapports juridiques entre l'Etat et une ou plusieurs églises sont impliquées dans ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement de ces dernières. Une ou plusieurs confessions religieuses est alors reconnu officiellement par l'Etat. Le troisième système est celui de la séparation dans lequel l'Etat garantit la liberté des cultes mais refuse d'intervenir dans le fonctionnement des confessions religieuses. Les états sont alors qualifiés de laïques »¹¹.

⁷ Emmanuel Tawil, « La liberté de culte, liberté fondamentale de valeur constitutionnelle ? », J.C.P. A, 2004, p. 285-287.

⁸ Joël-Benoît d' Onario, « Religions et Constitutions en Europe, A propos d'un préambule contesté », R.D.P., 2006, p. 716-736.

⁹ Par ex. : Jean-Louis Clergerie, « La place de la Constitution dans la future Constitution européenne », R.D.P., 2004, p. 739-754.

¹⁰ Tribunal Suprême espagnol. Septième section de la Chambre du contentieux administratif, 6 février 2013, Arrêt 693/2013, Recours de cassation 4118/2011.

¹¹ Jacques Robert, Jean Duffar, *op.cit.*, p. 624.

Aussi, la liberté religieuse sous ses deux aspects va trouver une certaine protection par les textes fondamentaux des Etats. Lorsqu'on regarde de près les rapports qu'entretiennent les constitutions des Etats démocratiques européens avec la liberté religieuse, force est de remarquer que ces dernières consacrent une certaine unité dans la protection de la liberté religieuse consistant ici pour l'individu à donner ou non son adhésion intellectuelle à une religion, à la choisir librement (I). En outre, des différences plus sensibles entre les Etats se font sentir lorsqu'il s'agit pour leur droit constitutionnel de régir la pratique de la liberté religieuse (II).

I. L'existence d'une certaine unité dans la protection constitutionnelle de la liberté religieuse

La liberté religieuse envisagée comme une liberté d'opinion, de conscience, est une liberté existentielle. Une Constitution démocratique ne peut donc pas annihiler la liberté de pratiquer sa religion, d'avoir ou de refuser d'appartenir à une religion. La liberté religieuse en tant que liberté de conscience est donc consacrée comme une liberté inhérente à l'être humain (B).

Au sein des textes constitutionnels, relativement semblables dans leur protection de la liberté religieuse, l'inscription de cette liberté peut trouver une certaine assise par leur invocation fréquente d'un appel à Dieu, comme pour mieux protéger les règles et principes constitutionnels consacrés (A).

A. La référence constitutionnelle à Dieu, assise de la protection de la liberté religieuse

Nombreuses sont les lois fondamentales étatiques (même celles énonçant une certaine forme de séparation entre l'activité publique et l'activité religieuse) à placer Dieu, en général, à leur fronton.

Ce moyen est, en général, une bonne source d'information pour connaître le cadre historico-sociologique d'un Etat. Il permet, aussi, de solenniser la Constitution, de la rendre presque intouchable en la faisant découler de la volonté divine, ce qui lui confère une protection supplémentaire. Selon Hiam Mouannès, « cet hommage constitue une sorte de serment constitutionnel garantissant, la sincérité et l'effectivité du respect par l'Etat de la liberté religieuse »¹².

Lorsqu'on examine les constitutions des Etats membres de l'Union européenne, certaines d'entre elles choisissent de placer leur protection sous une religion déterminée, généralement le Christianisme¹³. Il en va ainsi de la Constitution irlandaise de 1937 dont le préambule énonce : « Au nom de la Très Sainte Trinité, de laquelle découle toute autorité et à laquelle toutes les actions des hommes et des États doivent se conformer, comme notre but suprême, Nous, peuple de l'Irlande, Reconnaisant humblement toutes nos obligations envers notre seigneur, Jésus Christ, qui a soutenu nos pères pendant des siècles d'épreuves ». Par ailleurs, l'article 44 énonce que « L'État reconnaît que l'hommage de l'adoration publique est dû au

¹² Hiam Mouannès, *op.cit.*, p. 2.

¹³ Pour une étude très complète des Constitutions européennes : Marie-Christine Steckel-Assouère, « La reconnaissance ambivalente de la laïcité par l'Union européenne », *A.J.D.A.*, 2012, p. 1890-1897.

Dieu Tout Puissant. Son nom est révérend et on doit respecter et honorer la religion ». La Grèce place également le texte constitutionnel sous les auspices trinitaires puisque la Constitution de 1975 commence ainsi : « Au nom de la trinité sainte, consubstantielle et indivisible ».

Il est possible de multiplier les exemples de constitutions érigeant le Christianisme qu'il soit catholique, protestant ou orthodoxe en tant que source de la norme fondamentale voire comme religion d'Etat. Cela peut se faire de manière coutumière (Au Royaume-Uni, par exemple, la Constitution coutumière place le Roi comme protecteur de la foi anglicane) ou de manière expresse comme au Danemark, en Finlande, en Grèce ou à Malte.

En outre, plus nombreuses sont les constitutions faisant référence à Dieu sans aucune mention de son appartenance à une religion déterminée. Par exemple, la Constitution Suisse révisée en 2002 énonce dans son préambule : « Au nom de Dieu Tout-Puissant! Le peuple et les cantons suisses, conscients de leur responsabilité envers la Création ». De même, l'Allemagne ouvre sa Loi Fondamentale de 1949 en affirmant que « le peuple allemand est conscient de sa responsabilité devant Dieu et devant les hommes ». Egalement, la Constitution polonaise de 1997 affirme : « nous, Nation polonaise - tous les citoyens de la République, tant ceux qui croient en Dieu, source de la vérité, de la justice, de la bonté et de la beauté, que ceux qui ne partagent pas cette foi et qui puisent ces valeurs universelles dans d'autres sources ».

Là encore, il est possible de multiplier les exemples et l'on peut signaler que même dans un Etat laïque comme la France, la DDHC, faisant partie intégrante du bloc de constitutionnalité, proclame les droits fondamentaux « en présence et sous les auspices de l'Être suprême ». Il existe d'ailleurs une controverse sur cette mention à l'Être suprême. Certains affirment qu'il s'agissait pour les révolutionnaires de proclamer une sorte d'athéisme ou d'agnosticisme officiel alors que pour d'autres auteurs l'invocation de l'Être suprême aurait été demandée par un grand nombre de constituants dont les membres du Clergé afin de faire allusion à la religion catholique majoritaire en France¹⁴.

Par ailleurs, comme pour mieux donner du poids à cette invocation divine, certaines constitutions placent le serment des plus hautes autorités politiques sous les auspices de Dieu. L'Allemagne, les Pays-Bas, l'Irlande, l'Autriche, la Roumanie, Malte invoquent « Dieu, tout puissant » dans le serment d'entrée en fonction des plus hautes autorités politiques. Mais ce serment doit rester facultatif comme l'a rappelé la Cour EDH dans un arrêt *Buscarini et autres contre Saint Marin* du 18 février 1999. Elle conclut à cette occasion à la violation de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme car l'obligation de prêter serment n'était pas « nécessaire dans une société démocratique » à la poursuite de l'un des buts énoncés à l'article 9 § 2, jugeant contradictoire de soumettre l'exercice d'un mandat qui vise à représenter au sein du parlement différentes visions de la société à la condition d'adhérer au préalable à une vision déterminée du monde »¹⁵.

Au final et au-delà de la volonté de sacralisation de la Constitution, la méthode de l'invocation constitutionnelle à Dieu peut être considérée comme une source supplémentaire de protection de la liberté religieuse. En effet et logiquement, on conçoit mal un texte constitutionnel se plaçant sous la volonté divine ne pas mettre en œuvre une protection de la liberté religieuse. Au-delà, même dans les textes n'invoquant pas une religion particulière ou

¹⁴ Dir. Francis Messner et alii, *Droit français des religions*, Lexis-Nexis, 2013.

¹⁵ Cour EDH, *Buscarini et autres contre Saint Marin*, 18 février 1999, Recueil, 1999-I.

Jean-François FLAUSS, « Les serments d'allégeance à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2000, p. 261-279.

Dieu, ces derniers protègent une certaine forme de pluralisme religieux en mettant en avant la liberté de conscience religieuse car comme le rappelle la Cour EDH dans son célèbre arrêt *Kokkinakis contre Grèce* du 25 mai 1993, la liberté religieuse est une des assises d'une société démocratique¹⁶.

B. La préservation de l'abstention de l'Etat dans la protection constitutionnelle de la liberté religieuse

Quelle que soit la place réservée à la religion par les constitutions (union ou séparation), force est de constater, au sein des Etats de l'Union européenne, une protection relativement semblable de la liberté de religion envisagée ici comme un « des éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie »¹⁷.

Tout d'abord, dans les régimes d'union entre la religion et l'Etat, la liberté de conscience religieuse est prévue par les textes fondamentaux. Il en va ainsi en Grèce où la Constitution énonce que « la religion dominante est celle de l'Eglise orthodoxe orientale du Christ ». Mais l'article 13 prévoit que « la liberté de la conscience religieuse est inviolable. La jouissance des libertés publiques et des droits civiques ne dépend pas des convictions religieuses de chacun. Toute religion connue est libre, et les pratiques de son culte s'exercent sans entrave sous la protection des lois. Il n'est pas permis que l'exercice du culte porte atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Le prosélytisme est interdit ». Les Constitutions consacrant une religion d'Etat interdisent donc toutes formes de discriminations contre les personnes partageant d'autres convictions. Cependant, leurs communautés religieuses ou spirituelles sont privées des avantages accordés par les autorités publiques à la religion d'Etat. Il en va ainsi en Finlande, à Malte ou encore au Danemark¹⁸. L'Irlande constitue un cas particulier car la Constitution qui affirme nettement le caractère chrétien de l'Etat ne prévoit pourtant à son article 44 ni religion d'Etat, ni Eglise d'Etat, ni même subventions d'Etat.

Ensuite, dans les régimes dans lesquels deux ou plusieurs Eglises ou communautés religieuses reconnues pas l'Etat jouissent d'un statut privilégié, l'ensemble des citoyens possède la liberté de culte. Les constitutions garantissent comme pour les autres Etats la liberté de croyance et de conscience, de professer sa foi, d'en faire propagande et d'en exercer le culte en privé ou en public sous réserve des limites traditionnelles liées à la sécurité, à l'ordre public, la santé, la morale ou les libertés d'autrui. Cette formule se retrouve dans les Constitutions autrichienne, italienne ou hongroise¹⁹.

Par ailleurs, certains des Etats prévoyant le pluralisme religieux vont plus loin que d'autres dans la protection de la liberté de croyance et de conscience. Par exemple, l'article 26 de la Constitution lituanienne énonce que « nul ne peut être contraint de choisir ou de professer une religion ou une confession ». De même, l'article 16 de la Constitution espagnole prescrit également que « nul ne peut être contraint à révéler ses conceptions du monde, ses

¹⁶ Cour EDH, *Kokkinakis contre Grèce*, 25 mai 1993, Série A, n° 260-A.

¹⁷ *ibid.*

¹⁸ On peut signaler qu'il existe toutefois une tendance pour les Etats à abandonner les religions d'Etat. Cf. Pays Bas, Italie ou Suède.

¹⁹ Il est possible de douter de l'application de ce principe dans ce dernier Etat depuis la réforme constitutionnelle récente et contestée.

convictions religieuses ou sa confession ». De rares Etats vont même jusqu'à protéger les minorités religieuses à l'instar de l'Autriche.

Enfin, dans les régimes de séparation stricte ou la laïcité est inscrite explicitement dans la Constitution (France, Lettonie, Roumanie, Portugal, Slovaquie, Slovénie) ou bien est reconnue implicitement (Allemagne, Estonie, Finlande, Suède), le caractère inviolable de la liberté de religion est reconnu ce qui implique le droit d'avoir ou pas une conviction ou une religion, le droit d'en changer ou le droit de la professer. En France l'article 10 de la DDHC de 1789 affirme que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public ». En outre, par exemple, au Portugal ou en Slovénie, la laïcité conduit à interdire aux autorités de poursuivre, de priver de droits un individu ou de l'interroger sur ses convictions ou sa pratique religieuses.

Au final, les Constitutions, plus ou moins empreintes de religiosité, garantissent de manière semblable la liberté religieuse en tant que liberté de conscience et de croyance, ceci quelque soit l'organisation des rapports entre l'Etat et les religions. Il existe donc une certaine unité, voire universalité de la protection constitutionnelle, tout du moins dans les Etats démocratiques européens. Ce phénomène est, par ailleurs, accentué par une interprétation de l'article 9 de la C.E.D.H. par la Cour de Strasbourg assez favorable à une unification de la protection au sein des Etat membres du Conseil de l'Europe. Cependant, la liberté religieuse exige pour les Eglises ou les communautés religieuses le droit de s'organiser librement. C'est ici que les rapprochements constitutionnels entre les Etats cessent lorsqu'il s'agit pour eux de régler le problème inévitable de leurs rapports avec ces organisations.

II. L'existence d'une certaine diversité dans la protection constitutionnelle de l'exercice de la liberté religieuse

C'est dans la protection constitutionnelle de l'exercice de la liberté religieuse que les différences entre les Etats se font le plus ressentir. Force est de remarquer une distinction entre les Etats qui reconnaissent une ou plusieurs religions (A) avec ceux qui n'en cautionnent aucune (B).

A. Les régimes de protection constitutionnelle d'une ou de plusieurs communautés religieuses reconnues

Dans les régimes d'union, la ou les Eglises ou communautés religieuses reconnues par l'Etat bénéficient d'un régime très protecteur au détriment des autres communautés non reconnues. En effet, dans des pays tels que le Danemark, la Norvège, l'Islande, le Royaume-Uni, la Grèce, Malte, Monaco ou encore Saint-Marin, les communautés religieuses ou spirituelles sont privées des avantages procurés par l'Etat à la religion d'Etat. Par exemple, l'article 4 de la Constitution danoise de 1953 énonce que « l'Eglise évangélique luthérienne est l'Eglise nationale danoise et jouit, comme telle du soutien de l'Etat ». Par ailleurs, selon l'article 6, « Le Roi doit appartenir à l'Eglise évangélique luthérienne ». En outre, les articles 66 et 69 prévoient que « Le statut de l'Eglise nationale sera réglé par la loi » et que « les conditions des Eglises dissidentes sont fixées par la loi ». L'emploi du mot « dissident », à la charge sémentico-affective importante induit que toutes les religions, à l'exception de l'Eglise d'Etat

sont exclues du financement public et de l'enseignement public dans les écoles primaires. Ici, l'Eglise officielle joue un rôle important au plus haut niveau politique et au sein de la société civile. Leurs représentants peuvent prendre part à certaines activités ministérielles comme en Grèce ou l'Eglise orthodoxe participe au Ministère de l'Education et des religions.

Par ailleurs, dans les Etats ayant opté pour une reconnaissance officielle ouverte à plusieurs confessions religieuses, il existe un système de collaboration entre les églises reconnues et les autorités publiques. Ainsi, la constitution revendique la neutralité d'État à l'égard des églises et les communautés religieuses non reconnues mais il existe juridiquement une discrimination juridique contre ces dernières. Par exemple, la Constitution chypriote de 1960 confère uniquement aux chrétiens orthodoxes et aux musulmans le droit exclusif de réguler et d'administrer leurs affaires et leurs biens. À ce titre, les constitutions de ces Etats confèrent des effets juridiques à la reconnaissance de ces communautés en prévoyant de manière souvent détaillée le régime de collaboration existant avec l'État, surtout dans son volet financier. En Allemagne, en Autriche et au Luxembourg il existe un impôt prélevé par l'État au profit des Eglises et en Italie une partie des recettes fiscales est affectée aux communautés religieuses. En contrepartie de ce privilège de droit, ces organisations ont l'obligation de respecter l'ordre juridique de l'État qui les protège comme le prévoit par exemple l'article 8 de la constitution italienne de 1997.

De manière générale, les Eglises et communautés reconnues jouissent du droit à l'exercice public et collectif de la religion ou encore de régler et d'administrer leurs affaires intérieures librement ou encore de jouir de la propriété de leur établissement et de leur fonds destinés à des actions d'assistance, au culte ou à l'enseignement. A titre d'illustration, l'enseignement religieux est souvent directement assuré par les communautés religieuses dans les écoles publiques comme le prévoit par exemple la Constitution autrichienne. La Cour européenne des droits de l'homme veille toutefois à ce que les écoles publiques offrent le choix entre l'enseignement confessionnel et l'enseignement non confessionnel afin de préserver une certaine neutralité de l'État. On peut noter que l'article 24 de la Constitution belge de 1994 prend en compte cette obligation en disposant que « la communauté organise un enseignement qui est neutre. La neutralité implique notamment le respect des conceptions philosophiques, idéologiques religieuses des parents et des élèves. Les écoles organisées par les pouvoirs publics offrent jusqu'à la fin de l'obligation scolaire, le choix entre l'enseignement des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle »²⁰.

Au total, il existe dans ces Etats une égalité des confessions religieuses dans l'exercice de leur liberté religieuse. Cependant, certaines églises ou communautés sont privilégiées par la constitution prioritairement, par un traité ou une convention internationale, par la loi ou un acte réglementaire. En revanche, comme le relève Marie-Christine Steckel- Assouère, « dans les Etats membres de l'Union européenne la religion catholique bénéficie d'un traitement de faveur en raison de son enracinement au sein du territoire européen. On peut rappeler qu'environ 2/3 des Etats de l'Union européenne est relié par des accords concordataires avec le Saint-Siège. Le poids de l'Eglise catholique ressort très souvent de la lecture des textes constitutionnels »²¹.

²⁰ De surcroît, certains Etats peuvent eux-mêmes intervenir dans la nomination et l'installation des chefs des cultes et peuvent même fixer le mode de nomination et de révocation des autres ministres des cultes à l'instar de l'article 22 de la constitution du Luxembourg.

²¹ Marie-Christine STECKEL ASSOUERE, *op.cit.*, p. 1893.

Dans ces Etats donc les constitutions accordent un rôle fluctuant à une religion dominante ou à des religions reconnues. Inversement, les pays laïques se différencient nettement des pays prévoyant un régime d'union en ce sens où il existe une séparation stricte ou souple entre les autorités publiques et les confessions religieuses.

B. Les régimes de séparation constitutionnelle entre les autorités publiques et les Eglises ou communautés religieuses

Plus d'une dizaine de constitutions d'Etats membres de l'Union européenne reconnaissent de manière explicite le principe de laïcité. Il en va ainsi en France (article 1^{er} de la Constitution de 1958). Par ailleurs, l'Allemagne, l'Estonie, la Finlande, la République tchèque, la Suède peuvent être considérée comme des Etats laïques car même si le mot n'apparaît pas dans leur norme fondamentale ces derniers consacrent soit la liberté de culte soit ils mentionnent le fait qu'il n'existe pas d'Eglise d'Etat.

La laïcité est un concept difficile à définir. Le Conseil d'Etat français la définissait ainsi en 2004 : « Au sens large, la laïcité renvoie notamment à une perte d'emprise de la religion sur la société (...) La laïcité signifie dans ce contexte le refus de l'assujettissement du politique au religieux, ou réciproquement, sans être forcément synonyme d'étanchéité totale de l'un et de l'autre. Elle implique nécessairement la reconnaissance du pluralisme religieux et la neutralité de l'Etat vis-à-vis des Eglises ».

Mais, il n'y a pas, dans les constitutions laïques, une conception uniforme du principe de séparation des confessions religieuses et des Etats et les liens entre ces deux organisations sont souvent, contre toute attente, assez étroits. Il existe, tout de même, certains traits communs qui ressortent de l'étude des textes fondamentaux promouvant une certaine forme de laïcité.

Tout d'abord, les Eglises et communautés religieuses peuvent fixer librement leur statut dans le respect des règles nationales. L'article 24 de la Constitution de Slovaquie de 1992 précise que « les Eglises et les sociétés religieuses administrent leurs affaires elle-même indépendamment des pouvoirs publics notamment en constituant leurs organes en investissant leurs ministres du culte en assurant l'enseignement de la religion et en fondant leur institution régulière et d'autres institutions religieuses. ».

D'autre part, d'un point de vue financier, le principe de laïcité exclut par principe le financement public des cultes. En France la loi du 9 décembre 1905 précise à son article 2 que « la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ». Il existe toutefois dans de nombreux Etats des systèmes dérogatoires et certaines communautés religieuses peuvent bénéficier d'avantages financiers publics notamment en ce qui concerne l'entretien des bâtiments ou l'exercice des cultes dans les établissements publics. Le principe constitutionnel de laïcité peut également trouver une application à géométrie variable d'un point de vue géographique. Par exemple en France, la loi de 1905 ne s'applique pas en Alsace Moselle comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans une décision QPC du 21 février 2013 « association pour la promotion et l'expansion de la laïcité »²².

Ainsi, des différences entre les Etats dits laïques se font sentir. Le principe de la séparation entre les Eglises et l'Etat peut faire l'objet de lectures nationales plus ou moins souples. En

²² Conseil constitutionnel, 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité [Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle]*, n°2012-297 QPC.

outre, contrairement aux Etats prévoyant un régime d'union, les textes constitutionnels se contentent généralement de poser le principe de la laïcité et renvoient à des normes infra-constitutionnelles le soin de détailler ce principe. La jurisprudence joue également un rôle majeur dans l'application du principe comme en atteste l'arrêt de la Cour de cassation française du 19 mars 2013 « Mme X contre association Baby Loup »²³. Le juge est généralement chargé de donner sa conception en matière de ports de vêtements religieux et d'affichages de symboles religieux ou encore à propos des liens unissant la liberté religieuse et le droit à l'instruction ou à l'éducation.

Aussi, c'est donc dans le mode d'organisation des rapports entre les confessions religieuses et l'Etat que les différences constitutionnelles se font le plus ressentir. C'est pour cette raison essentielle que l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe ne peuvent reconnaître le principe de laïcité que de manière relative. Il existe, en la matière, une marge nationale d'appréciation importante en l'absence de consensus européen sur cette question même si la Cour de Strasbourg rappelle que l'Etat apparaît comme « un organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances ainsi que de la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique »²⁴.

Gandhi affirmait que chaque homme est responsable de sa religion. Dans le cadre des communautés humaines, chaque Etat est responsable des confessions religieuses sur son territoire. De manière générale, les Constitutions démocratiques européennes garantissent cette responsabilité en protégeant avec force et de manière relativement unifiée la liberté de religion. Ils se différencient toutefois dans l'organisation de l'exercice de cette liberté. Le droit constitutionnel contemporain semble tout de même « rendre à Dieu ce qui est à Dieu et à César ce qui est à César ».

²³ Cour de cassation, Chambre sociale, 19 mars 2013, n° 536, *Madame X contre Association Baby Loup*.

²⁴ Cour EDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c./ Turquie*, req. n° 44774/98.

La liberté d'expression face à la liberté de religion

Pénélope KUSTOSZ (*Université de Douai*), Raphael BOUTEAU (*Université de Toulon*)

Depuis quelques années, un combat virulent est né autour de la liberté d'expression et de la liberté de religion. En effet, à la suite de plusieurs affaires qui ont fait scandale dans les médias, on peut constater que la cohabitation entre ces deux libertés paraît difficile. Nous pouvons par exemple penser à l'affaire des caricatures de Mahomet ; à l'annulation d'un opéra de Mozart à Berlin, car on y voyait les têtes décapitées de Mahomet, de Jésus et de Bouddha ; ou encore à l'affiche du concert de Madonna représentant le repas de la Cène.

D'habitude, lorsque deux libertés paraissent contradictoires, les juges ou les législateurs viennent limiter celle qui a une valeur juridique inférieure, pour permettre à la seconde de s'exprimer pleinement. Mais dans notre espèce, cette collaboration va être d'autant plus laborieuse à réaliser que la liberté d'expression et la liberté de religion sont toutes les deux protégées par la Convention Européenne des Droits de l'Homme et ont donc la même valeur. Ainsi la liberté d'expression est protégée par l'article 9 de la Convention qui énonce que « toute personne a le droit à la liberté de penser, de conscience et de religion ».

La liberté d'expression est quant à elle protégée par l'article 10 de la Convention qui énonce que « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. »

Si parfois les juges apportent un éclairage en la matière pour savoir comment interpréter la Convention, leur position à propos de la liberté d'expression et de la liberté de religion a évolué dans le temps. Ce qui montre toute la complexité du sujet.

En effet, dans un arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside contre Royaume-Uni*, la Cour est venue dire que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de la société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. » (§ 49). Cette position de la Cour n'est pas isolée puisqu'elle va être reprise dans son arrêt du 13 juillet 2012, *mouvement raëlien suisse contre Suisse* en son paragraphe 52 « Pareille ingérence dans le droit à la liberté d'expression de la requérante doit être « prévue par la loi », inspirée par un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 de l'article 10 et « nécessaire dans une société démocratique ».

Mais cela ne signifie pas pour autant que la liberté de religion est mise de côté, puisque dans un arrêt du 25 mai 1993, *kokkinakis contre Grèce*, la Cour vient dire au paragraphe 31 que « la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention ». Ainsi la liberté de religion tout comme la liberté d'expression est placée au centre de toute société démocratique.

La Convention et la Cour Européenne des Droits de l'Homme protégeant de la même manière ces deux libertés qui sont souvent en contradiction, nous pouvons nous demander comment la Cour réussit à les protéger ?

Pour cela, nous verrons dans un premier temps que la Cour met en balance la liberté d'expression et la liberté de religion (I), puis nous verrons en ce qui concerne la liberté d'expression qu'il existe des limites à respecter (II).

I. La mise en balance de la liberté d'expression et de la liberté de religion par la Cour EDH

Nous allons voir que la position de la Cour EDH a évolué dans le temps. Tout d'abord, il semble que la Cour va privilégier la liberté de religion (A). Mais aujourd'hui, tel n'est plus le cas, puisque la liberté d'expression semble désormais faire pencher la balance de son côté (B).

A. La prédominance de la liberté de religion

Nous pouvons nous demander comment la Cour EDH arrive à départager la liberté d'expression et la liberté de religion, car que ce soit l'article 9 ou l'article 10 de la Convention, tous deux acceptent une même limite, la protection des droits d'autrui.

De plus pour ce qui est de la liberté d'expression, l'arrêt Handyside vient dire que l'article 10-1 de la Convention vient protéger toutes les idées, même celles qui « heurtent, choquent ou inquiètent » autrui. De cela résulte le fait que le croyant doit donc tolérer les idées contraires à ses pensées religieuses, selon la Cour dans son arrêt du 20 septembre 1994, Otto-Preminger-Institut contre Autriche.

A contrario, la Cour autorise les Etats à interdire les expressions gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices.

Ainsi, pour savoir quelle est la liberté qui l'emporte, il s'agit de savoir si l'acte litigieux est hostile à la religion ou s'il offense la religion. S'il lui est simplement hostile, il sera admis. S'il est offensant, il sera interdit. Cette distinction va laisser une grande place d'appréciation à la Cour EDH, car la frontière entre l'hostilité et l'offense est parfois poreuse.

Dans un premier temps, la Cour semble venir dire que toute représentation grotesque de la religion est une offense faite à cette dernière. Ainsi, la liberté de religion va l'emporter devant la liberté d'expression.

L'arrêt Otto-Preminger-Institut contre Autriche du 20 septembre 1994 offre un exemple de cette jurisprudence européenne. L'affaire porte sur la confiscation du film le concile de l'amour dans lequel Dieu est représenté comme un vieillard sénile se prosternant devant Satan ; Jésus est un pervers sexuel ; et Marie est une dévergondée sans scrupules.

Pour la Cour, il y a bien dans ce film une représentation provocatrice des personnages principaux de la religion catholique. Il s'agit donc selon elle d'une attaque offensante et injustifiée contre la religion catholique. Or en 1994, cette religion est la religion majoritaire en Autriche. La Cour va donc venir dire qu'à l'époque il y « avait un besoin impérieux de préserver la paix religieuse » (§ 52). Ainsi les juridictions nationales pouvaient selon la marge d'appréciation qui leur appartient, confisquer ce film. Il n'y a donc pas de violation de l'article 10 de la Convention. Ici c'est donc bien la liberté de religion qui a primé.

La Cour va avoir le même raisonnement pendant plus de dix ans, comme on peut le voir avec l'arrêt du 19 septembre 2005, I. A. contre Turquie. En l'espèce, l'État turc a condamné une maison d'édition à une amende de 12 dollars pour avoir publié le roman « les phrases interdites » dans lequel il y avait un extrait jugé offensant qui énonce : « Le messager de Dieu rompait le jeûne par un rapport sexuel, après le dîner et avant la prière. Mohammed n'interdisait pas le rapport sexuel avec une personne morte ou un animal vivant ».

La Cour vient dire que cela était « une protection contre des attaques offensantes concernant des questions jugées sacrées par les musulmans [...] et] pouvait répondre à un besoin social impérieux » (§30). De plus le montant de l'amende était faible, donc insignifiant. Il n'y a donc pas d'atteinte à la liberté d'expression. Et encore une fois, c'est la liberté de religion qui a primé.

Toutefois dans cet arrêt, les juges dissidents viennent critiquer cette décision, car il s'agissait ici que de quelques lignes d'un livre que chacun pouvait s'abstenir de lire.

Cet arrêt va ouvrir les voies de la critique contre cette jurisprudence constante de la Cour. Tout d'abord, certains viennent dire que les sanctions sont disproportionnées, car les œuvres contestées sont des livres ou des films. Or si quelqu'un se sent outré, offensé par une telle œuvre, il lui appartient de ne pas aller la voir ou la lire. De plus nous constatons que dans ces arrêts, la Cour ne protège que les religions majoritaires (par exemple de la loi sur le blasphème). Ceci crée une discrimination envers les religions minoritaires. Enfin cette jurisprudence a un effet pervers, car elle permet aux Etats de limiter les regards critiques sur les religions, ce qui réduit la portée des débats publics, chacun ayant peur d'être censuré.

Suite à ces critiques, la Cour va venir rectifier sa jurisprudence pour redonner une nouvelle place à la liberté d'expression qui va reprendre du poids dans la balance.

B. La combinaison de la liberté d'expression et de la liberté de religion

Dès 2006, soit un an après l'arrêt I. A. contre Turquie et les critiques qu'il a suscité, la Cour va venir redonner du poids à la liberté d'expression, et cela à travers trois arrêts¹.

Prenons l'exemple de l'arrêt du 31 octobre 2006 Klein contre Slovaquie, dans lequel un journaliste a été condamné pour diffamation à une amende de 375 euros. Ce journaliste avait critiqué un archevêque qui s'opposait à la publication de l'affiche du film Larry Flint dans une revue imprimée à 8000 exemplaires. Ce film racontait l'histoire d'un inceste commis par un dignitaire de l'Eglise qui aurait eu des liens avec le parti communiste. Dans son arrêt, la Cour vient dire que cette sanction est une atteinte à l'article 10 de la Convention. Car même si cette affiche et ce film peuvent paraître offensants, il ne porte pas atteinte au droit des croyants, mais vise uniquement un archevêque. De plus, selon le journaliste, il s'agissait d'une plaisanterie. Ainsi, la Turquie ne pouvait pas condamner ce journaliste.

Par cette série d'arrêts qui sera complétée par la suite, la Cour EDH semble donc favorable à la liberté de religion. Désormais, pour que la liberté d'expression puisse être bridée, la Cour regarde évidemment si elle porte un caractère offensant, mais pas uniquement. A présent, les juges vont regarder si d'autres critères sont réunis. En fonction de ces différents critères, la Cour va faire une appréciation au cas par cas.

Tout d'abord, elle va regarder l'étendue de la diffusion de l'acte. Si l'acte litigieux est publié dans une revue spécialisée peu connue, ce n'est pas la même chose que si cet acte est publié sur une grande affiche installée sur le domaine public. Car s'il s'agit d'une revue, d'un livre, ou d'un film, les personnes ont le choix d'aller le voir ou de le lire, dans ce cas la liberté d'expression a des chances de l'emporter. A l'inverse, s'il s'agit d'une affiche publique à laquelle on ne peut pas échapper, la Cour va venir limiter cette liberté d'expression.

La solution de la Cour ne sera pas la même en fonction de la qualité de son auteur. Si l'acte litigieux émane d'un historien, ce dernier se doit de relater les faits historiques sans jugement de valeur. Un homme politique, bien qu'il puisse défendre son idée, se doit de respecter une communauté religieuse. Par contre l'appréciation de la Cour sera peut-être moins sévère si cet acte litigieux émane d'un particulier.

De même, la solution dépendra du public touché par l'acte. Si l'acte litigieux vise la communauté entière, la Cour sera tentée de venir protéger la liberté de religion contre un acte offensant. Par contre si l'acte ne vise qu'une personne en particulier, même s'il s'agit d'un religieux, il y a des chances pour que la liberté d'expression l'emporte.

Enfin, la solution dépendra également de la sanction prononcée. Si l'Etat a condamné à une faible amende et que l'acte litigieux a été publié, la liberté d'expression pourra être considérée comme respectée. Par contre, s'il s'agit d'une saisie, d'une confiscation, les conséquences ne

¹ CEDH, 31 janvier 2006, *Giniewski contre Autriche* ; CEDH, 2 mai 2006, *Aydin Tatlav contre Turquie* ; et CEDH, 31 octobre 2006, *Klein contre Slovaquie*.

se sont pas les mêmes. Cela peut mener à une censure, ce qui est sanctionné par la Cour au nom de l'article 10 de la Convention.

Ainsi même si l'évolution jurisprudentielle est en faveur de la liberté d'expression, ce n'est pas systématique. Nous en avons un exemple avec l'arrêt mouvement raëlien suisse contre Suisse du 15 janvier 2011. Dans cette affaire, la Cour a reconnu à l'Etat suisse la possibilité d'interdire une affiche qui comportait le slogan « la science remplace enfin la religion », une image d'extra-terrestre, et les coordonnées de l'association. Ici la Cour accepte cette interdiction, car elle était limitée au domaine public, l'association et son site internet étaient autorisés. La motivation de cette interdiction venait du fait que cette association faisait la promotion d'un site de clonage interdit en Suisse, la promotion de la gèniocratie, et était soupçonnée de dérives sexuelles envers les mineurs. Pour toutes ces raisons, la Cour autorise la restriction de la liberté d'expression.

Si aujourd'hui une grande place est faite à la liberté d'expression au nom d'une société démocratique, la Cour EDH lui impose toutefois des limites à ne pas dépasser sous peine de sanction. En effet la liberté d'expression n'équivaut pas au droit de tout faire ou de tout dire. Pour parvenir à réguler cette liberté d'expression, différents mécanismes sont mis en place pour permettre la cohabitation entre liberté d'expression et liberté de religion.

II. Les limites à la prévalence de la liberté d'expression sur la liberté de religion

Malgré la prévalence de la liberté d'expression, la liberté de religion est également protégée par la Cour. Pour cela, elle va utiliser deux mécanismes qui vont servir de garde-fou à cette liberté d'expression. Il s'agit d'abord d'une sanction sur le terrain des restrictions contenues dans l'article 10 de la Convention (A), puis il y a une protection assez faible mais constante qui pourra prospérer dans le champ de l'article 17 (B).

A- L'exclusion du champ de l'article 10 d'un discours antireligieux

Pour protéger les convictions religieuses des individus, les limites apportées à la liberté d'expression sont maigres, et ne concernent que des situations exceptionnelles. En effet, l'article 10 de la Convention vient poser des limites à la liberté d'expression qu'en son paragraphe 2 Il s'agit par exemple de la protection des droits d'autrui ou encore de la prévention du crime. De plus toute restriction à la liberté d'expression doit, selon la Cour, « être nécessaire dans une société démocratique » pour être acceptable.

Ainsi, l'arrêt *Wingrove contre Royaume-Uni* du 25 novembre 1996 avait validé le principe d'une interdiction par la loi des discours de « *mépris, injure, grossièreté à l'égard de Dieu* » et considéré cette interdiction comme conforme à l'article 10 de la Convention.

A l'inverse, l'arrêt *Giniewski contre France*, du 31 janvier 2006, avait conclu à la violation de l'article 10 de la Convention par l'État, pour sa condamnation judiciaire des responsables d'une publication qui établissait certains liens entre des prises de positions papales, le texte biblique, et l'Holocauste. La Cour avait estimé qu'en critiquant une encyclique papale, la publication ne visait pas l'ensemble de la chrétienté, ne se livrait ni à la provocation gratuite, ni à l'incitation à la haine, et qu'elle n'opérait aucune remise en cause d'une vérité historique établie. Elle avait alors souhaité poser certaines limites aux marges nationales d'interprétations en matière de recherche historique.

On peut également trouver application des limites admises par la Cour à l'article 10 de la Convention dans l'arrêt *Ivanov contre Russie* de 2007, qui traitait d'un texte à caractère

ouvertement antisémite interdit par les autorités Russes. Assez logiquement, une telle interdiction avait été considérée conforme à la Convention.

Le caractère très exceptionnel des situations d'espèce qui ont justifié que la Cour admette une limite posée par l'Etat à la portée de la liberté d'expression en matière religieuse, tend à confirmer que l'interdiction du discours de haine peut seul constituer un rempart solide pour la liberté religieuse. Il s'articule également avec l'article 17 qui prohibe l'abus de droit.

B- L'abus de droit constitué par un discours antireligieux

À la lumière de la jurisprudence de la Cour, il semble que la seule protection efficace contre les dérives de la liberté d'expression soit le discours extrémiste en tant que croyants. Il semble que le but de ce discours de haine est non pas de protéger l'institution, mais d'avantage de protéger ses membres. C'est pourquoi cette protection ne trouve donc véritablement de contenu juridique que lorsqu'il est établi que le discours attaqué ait constitué une négation des autres droits garantis par la Convention, au sens de l'article 17.

Cet article 17 de la Convention prévoit en effet l'interdiction de l'abus de droit, et prohibe le détournement de l'usage des droits garantis par la Convention dans un sens qui nuirait à l'exercice des autres droits de la Convention. Cette limite trouve une application avec la notion de discours de haine, qualification qui s'opère au cas par cas et permet d'isoler des situations donnant lieu à une restriction occasionnelle de la portée de la liberté d'expression en matière d'offense religieuse. Le caractère exceptionnel des limites apportées ne fait que confirmer la règle de primauté de la liberté d'expression.

Les valeurs de paix, de justice et de tolérance peuvent, dans ces cas extrêmes, justifier le refus par la Cour d'accorder la protection de l'article 10 de la Convention à l'expression d'un individu, lorsque celle-ci estime que le fond du discours disqualifie le droit à l'exprimer du requérant. Ainsi, l'arrêt *Günduz c. Turquie* du 13 novembre 2003 a prononcé l'irrecevabilité de la requête du dirigeant d'une secte islamiste, qui avait violemment pris à partie les défenseurs de la laïcité et de la démocratie, tout en estimant qu'il ne s'agissait pas d'un discours de haine, mais simplement d'un discours échappant à la protection de l'article 10.

Le discours de haine religieuse n'est reconnu que dans de très rares cas, et principalement dans des décisions de recevabilité. Il s'applique tant à un discours de haine visant une religion qu'émanant d'elle. Ainsi la Cour dans l'affaire *Hizb Ut-Tahrir et autres contre Allemagne* du 19 juin 2012, a pu en donner un exemple, s'agissant de la décision d'un État d'interdire une association se réclamant d'une vision ultra-fondamentaliste de l'islam, qui revendiquait la destruction de tout pouvoir politique non islamique. La requête formulée par cette association a été estimée irrecevable en vertu de l'article 17.

La condition fondamentale pour que la Cour qualifie un discours de discours de haine et justifier la restriction de la liberté d'expression est de savoir quel est l'objectif de l'auteur de la déclaration litigieuse. La Cour va différencier entre la personne qui voulait informer le public, ou si elle voulait propager des idées intolérantes.

Ainsi, avec cette jurisprudence constante de la Cour en la matière, nous constatons qu'une personne ne peut pas se cacher derrière la liberté d'expression pour justifier son intolérance envers une religion.

Conclusion

À la lumière de l'examen des évolutions jurisprudentielles qui ont marqué l'arbitrage entre ces deux libertés, nous pouvons retenir deux grandes tendances. L'une caractérise la portée toujours plus importante de la liberté d'expression, que l'article 10-2 de la Convention peine à

limiter véritablement, tant sont exceptionnels les cas de figure où les juges de Strasbourg retiennent l'exclusion d'un comportement du champ de la liberté d'expression du premier paragraphe. La seconde concerne un net recul de l'autonomie de la liberté de croyance dans sa dimension publique : la protection des sentiments religieux des croyants. En effet, l'application casuistique de plusieurs critères contextuels à une critique religieuse (support de diffusion, qualité de l'émetteur, nature du destinataire) semble avoir éclipsé la nécessité de tout examen de fond du discours considéré : le caractère offensant, malveillant ou hostile désormais couramment accepté du regard porté sur une religion ou ses adeptes, pose la question de l'effectivité actuelle de l'article 9 de la Convention EDH. En effet, si les seules protections dont dispose une croyance, s'agissant de l'exercice de la liberté d'expression de ses contempteurs, doivent être recherchées dans les mécanismes conventionnels généraux (discours de haine, abus de droit), quelle portée demeure à la liberté de religion, et à la liberté de manifester ses convictions religieuses?

Religion et liberté de création*

Edouard TREPPOZ,

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3,

Directeur de l'Institut Droit Art Culture

Les liens entre religion et création artistique sont anciens, riches et pluriels. Avides de représentations, l'Eglise catholique a longtemps financé la création. L'auteur demeurait ainsi financièrement asservi à son commanditaire. Surtout au Moyen-Age, l'auteur ne signait pas son œuvre, la création ne pouvant qu'être divine. L'auteur affirmera, ultérieurement, son indépendance et par là même sa liberté. On se souvient de la querelle du *Cid* où Corneille s'émancipe de son mécène par ses vers célèbres : « *je ne dois qu'à moi seul toute ma renommée* »¹. Accédant à la liberté, l'auteur peut déplaire au commanditaire, et, dans notre cas, à la religion catholique. Naissent ainsi les conditions d'un conflit entre religion et création !

Restons au XVIIème siècle, mais déplaçons nous à Rome, plus précisément au Trastevere afin d'illustrer les prémises de ce conflit. La première œuvre n'est autre que *La mort de la vierge* du Caravage commanditée par les moines de Santa Maria di Scalla en 1605. L'œuvre, aujourd'hui au musée du Louvre, fut refusée par les moines en raison de la représentation de la vierge, dont il fut prétendu que le modèle était une prostituée noyée. La seconde œuvre choisie pour illustrer ce conflit, toujours au Trastevere et au XVIIème siècle, n'est autre que la superbe *Ludovica* (1675) du Bernin que l'on peut toujours admirer à Santa Francesco a Ripa. L'extase mystique merveilleusement sculptée a pu néanmoins être jugée quelque peu offensante, l'extase étant accusée de prendre le pas sur sa nature mystique !

Aujourd'hui, la création s'est totalement libérée de l'Eglise catholique et plus généralement de toutes sujétions économiques vis-à-vis des religions. Il ne faut pas pour autant croire que les rapports entre religions et créations se sont apaisés. D'abord, certaines religions, et particulièrement l'Islam, prohibent toute représentation du Prophète². Ensuite, l'époque contemporaine se caractérise par un repli identitaire et religieux, suscitant des réactions violentes lorsque sont en cause les religions, élément d'identification. Enfin, l'art ne peut et ne doit être insensible à la religion, justifiant qu'il s'en saisisse comme objet de représentation. Souvent présenté comme volontiers transgressif, l'art contemporain s'empare de ces crispations identitaires et religieuses, comme le faisaient, déjà, en leur temps, Le Caravage et le Bernin. Création et religion se confrontent alors, parfois, avec violence. Ainsi, l'œuvre *Piss Christ* d'Andres Serrano, photographie d'un crucifix plongé dans du sang et de l'urine, a suscité des réactions violentes allant de la suppression des subventions publiques à sa destruction en Australie et plus récemment à Avignon lors de son exposition à la fondation Lambert³. Outre la religion catholique, l'Islam suscite aussi de telles crispations, comme en témoigne l'exposition du marocain Mounir Fatmi lors du printemps de Toulouse en 2012. L'œuvre, inspirée des rotoreliefs de Marcel Duchamp, projetait des versets du Coran. Le scandale justifia, pour les organisateurs, le retrait de l'œuvre de l'exposition⁴.

* Cette intervention a été rédigée avant les attentats du mois de Janvier 2015.

¹ Voir notamment : B. Edelman, *Le sacre de l'auteur*, Essai Seuil, p. 129.

² D. Girardin et C. Pirker, *Controverses – Une histoire juridique et éthique de la photographie*, Acte Sud, 2003, pp 56-57 montrant que certaines représentations, notamment en Iran, ont existées.

³ D. Girardin et C. Pirker, op. cit., pp 228-229.

⁴ S. Le Bars, *Un artiste marocain se résout à retirer une œuvre jugée blasphématoire*, Le Monde, 7 octobre 2012

Le mécanisme est le même ! Ces œuvres sont jugées blasphématoires par une partie de la communauté de la religion objet de la représentation. Ce jugement communautaire justifie alors pour une frange d'activistes le retrait ou plus radicalement la destruction desdites œuvres. Dans un cas, en effet, l'œuvre fut vandalisée ; dans l'autre, censurée ! Jamais, pourtant, le droit n'a eu vocation à arbitrer ce conflit entre deux mondes, deux champs qui s'ignorent. Dans un cas, la destruction résulte de la justice privée. Dans l'autre, l'institution publique préfère censurer, plutôt qu'affronter sa position dans l'attente de l'arbitrage du droit. Car, à n'en pas douter, cet arbitrage entre création et religion n'appartient qu'au droit. Seul le droit peut et doit fixer cette difficile frontière, laissant aux artistes une nécessaire liberté, qui ne doit se transformer en une inacceptable impunité. L'étude montre alors que le droit accorde une place réelle à la liberté de création, occultant d'une certaine manière la nature religieuse de l'atteinte⁵. Le conflit entre création et religion apparaît ainsi, d'un point de vue juridique, laïcisé. Le droit en gomme la spécificité religieuse, pour le repeerndre en un conflit classique entre droit d'autrui et liberté de création. Ainsi configuré le conflit suppose de mettre en évidence, ce qui est encore insuffisamment fait, les contours de la liberté de création. La laïcisation du conflit (I) impose de tracer les contours de la liberté de création (II).

I) La laïcisation du conflit

La laïcisation du conflit est patente tant en droit interne, qu'en droit européen. En droit interne, elle résulte de la disparition du délit de blasphème, tandis qu'en droit européen elle se déduit d'un traitement de ce conflit non plus à l'aune d'une confrontation entre les articles 9 et 10 de la Convention européenne, mais au sein du seul article 10.

A) Le droit interne

La laïcisation du conflit entre religion et liberté de création résulte de la disparition ancienne du délit de blasphème. Depuis, la jurisprudence témoigne d'une approche libérale favorable à la création, au point, pour certains politiques, de rêver à une nouvelle incrimination de blasphème.

1) La disparition du délit de blasphème

L'histoire du blasphème fut mouvementée en droit français⁶. Introduite au XII^{ème}, l'incrimination disparaît à la révolution, pour être réintroduite à la Restauration et définitivement supprimée par la loi de 1881 sur la liberté de la presse. Le délit perdure cependant en Alsace-Moselle.

Avec cette disparition du délit de blasphème, l'atteinte à la religion ne constitue plus une incrimination spécifique. Dès lors, les éventuelles atteintes à la religion doivent être appréhendées au travers des incriminations classiques d'injure ou de diffamation. On rappellera que la diffamation se définit comme "*toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé*"⁷, tandis que l'injure se caractérise par « *toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait* »⁸. L'absence d'imputation d'un

⁵ En ce sens, A. Tricoire, *Petit traité de la liberté de création*, La découverte, 2011, p. 183 et suiv.

⁶ J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF 2^{ème} éd., n° 172 et 223.

⁷ Article 29 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881.

⁸ Article 29 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881.

fait susceptible d'être prouvé caractérise l'injure par rapport à la diffamation⁹. La disparition du fait religieux n'est pas pour autant totale. En effet, tant en matière de diffamation que d'injure, un délit spécifique est institué lorsqu'il est commis "*envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée*"¹⁰. Si le blasphème disparaît, la religion est néanmoins indirectement protégée par les croyants, que l'on ne peut diffamer ou injurier. Le droit ne défend plus l'institution, mais les individus appartenant à l'institution¹¹.

Cette évolution est rappelée avec justesse et clarté par le Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire des caricatures de Charlie Hebdo : « **Attendu qu'en France, société laïque et pluraliste, le respect de toutes les croyances va de pair avec la liberté de critiquer les religions quelles qu'elles soient et avec celle de représenter des sujets ou objets de vénération religieuse ; que le blasphème qui outrage la divinité ou la religion, n'y est pas réprimé à la différence de l'injure, dès lors qu'elle constitue une attaque personnelle et directe dirigée contre une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse** »¹².

2) La faveur à la création

A cette laïcisation du contentieux s'ajoute une certaine bienveillance des tribunaux français, ne censurant la création que très rarement !

On se souvient que dans les années mille neuf cent quatre vingt, diverses associations catholiques ont tenté vainement de faire interdire les films *Je vous salue Marie* de Jean-Luc Godard¹³ ou encore *La dernière tentation du christ* de Martin Scorsese¹⁴. Tentative avortée, les juges rappelant que « *si le droit au respect des croyances est important, il ne doit pas porter atteinte à la création artistique, surtout lorsque l'initiative du spectateur relève de sa seule volonté* »¹⁵. Les juges se montrent toutefois plus scrupuleux lorsqu'est mise en cause, non pas le film, mais son affiche. On comprend qu'ici le spectateur n'est pas volontaire et peut donc subir cette atteinte, « *ce colloque singulier* »¹⁶ qu'il ne souhaite pas. Sera ainsi interdite l'affiche *d'Ave Maria*¹⁷ de Jacques Richard au motif qu'elle constituait une offense gratuite atteignant ceux qui circulent sur la voie publique. Rien de tel, toutefois, pour les affiches des films *d'Amen*¹⁸ ou *Larry Flint*¹⁹ que de même associations tenteront en vain d'interdire. Surtout et enfin, dans l'affaire de la représentation de la Cène utilisée comme publicité pour vendre des jeans, la Cour de cassation cassera l'arrêt d'appel confirmant le juge

⁹ P. Waschmann, Liberté d'expression, JC Liberté, Fasc. 800, n° 92.

¹⁰ Article 32 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881.

¹¹ Témoignant d'un mouvement plus général de subjectivisation du droit : D. Cohen, Les droits à ..., *Mélanges F. Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 393 et pour une illustration en droit de la famille : H. Fulchiron, De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXIème siècle, *Mélanges J. Foyer, Economica* 2008, p. 395.

¹² TGI Paris, 22 mars 2007 : JCP G 2007.II.10079, note E. Derieux ; *Légipresse* 2007, n° 242, III, p. 123, comm. H. Leclerc ; CCE 2007 comm. 74 obs. A. Lepage ; *Rev. sc. crim.* 2007, p. 564, obs. J. Francillon et sur appel CA Paris, 11e ch. A, 12 mars 2008 : *Légipresse* 2008, n° 250, I, p. 45 – P. Mbongo, Le traitement juridictionnel des offenses aux croyances religieuses. *Palimpseste in Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume* : Paris, Dalloz, 2007.

¹³ Civ. 1^{ère}, 21 juin 1987, n° 86-10407.

¹⁴ Civ. 1^{ère}, 29 octobre 1990, n° 88-19366.

¹⁵ *Precit.*

¹⁶ TGI Paris, référé, 23 octobre 1984: D. 1985.31 note Lindon.

¹⁷ *Precit.*

¹⁸ TGI Paris, référé, 21 février 2002: JCP G 2003.II.10064, note Ph. Malaurie.

¹⁹ TGI Paris, référé, 20 février 1997: PA, n° 24, 1997, 10 note Gras

d'instance, au motif pour la Cour de cassation qu'il n'y avait ici aucune injure faite aux catholiques « *la seule parodie de la forme donnée à la représentation de la Cène qui n'avait pas pour objectif d'outrager les fidèles de confession catholique, ni de les atteindre dans leur considération en raison de leur obéissance, ne constitue pas l'injure, attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse* »²⁰. Donc, même sur la voie publique, la liberté de création s'avère victorieuse !

Si l'on ajoute à ce trop rapide tour d'horizon, la relaxe dans l'affaire des caricatures de Charlie Hebdo, au motif, que les caricatures ne visaient pas la religion, mais les intégristes²¹ ; on comprendra que certains politiques aient tenté de combattre cette jurisprudence par la loi en instaurant un délit de blasphème religieux interdisant la banalisation par la voie de la caricature²². Le combat sera là encore, fort heureusement, vain, la proposition n'ayant pas même été discutée. A ce libéralisme interne répond une même laïcisation et une même ouverture en droit européen en faveur de la liberté de création.

B) Le droit européen

La jurisprudence européenne sur la confrontation du religieux à la liberté de création s'est construite autour de deux décisions, témoignant, nous semble-t-il, d'un même phénomène de laïcisation. L'approche devient classique car interne à l'article 10 de la Convention, la Cour témoignant alors d'une « attention particulière » à la liberté de création.

1) Du conflit de libertés à la prise en compte des droits d'autrui

La première affaire²³ porte sur un film autrichien interdit au motif qu'il pouvait blesser les sentiments religieux d'une personne d'une sensibilité religieuse moyenne selon le droit autrichien. La liberté artistique ne pouvait justifier, pour les tribunaux autrichiens, de représenter « *Dieu le Père comme un idiot sénile et impotent, le Christ comme un crétin et Marie Mère de Dieu comme une dévergondée au langage correspondant* ». Pour la Cour, cette affaire suppose de trouver un équilibre entre d'une part la liberté de création, dont on sait depuis l'arrêt *Muller*²⁴ qu'elle peut se rattacher à la liberté d'expression, et d'autre part la liberté de manifester sa religion. Une approche trop libérale par un Etat de la liberté d'expression contre les religions pourrait constituer une atteinte à l'article 9, la Cour notant que « *la manière dont les croyances et doctrines religieuses font l'objet d'une opposition ou d'une dénégation est une question qui peut engager la responsabilité de l'Etat* ». Elle poursuit alors en retenant « *que le respect des sentiments religieux des croyants tel qu'il est garanti à l'article 9 (art. 9) a été violé par des représentations provocatrices d'objets de vénération religieuse* ». Selon cette lecture de la Cour, la liberté de création doit se concilier avec la liberté de religion. Cette analyse jugée à raison réductrice de la liberté artistique a été qualifiée de dérapage fâcheux dangereusement rétrograde²⁵.

²⁰ Civ., 1^{ère}, 14 nov. 2006, n° 05-15822 : D. 2007.2076, note E. Dreyer ; RTDH 2007.875, note M. Leroy ; RLDC 2007, n° 34, p. 41, note J.-J. Ansault et Légipresse 2007, n° 242, II, p. 76 article C. Duvert.

²¹ TGI Paris, 22 mars 2007 : précit

²² <http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion2895.asp>. Sur cette proposition: D. de Bellecize, Délit d'opinion et liberté d'expression, D. 2006.1476.

²³ CEDH, 20 sept. 1994, *Otto Preminger Institut c/ Autriche*, n° 13470/87

²⁴ CEDH 24 mai 1988, *Müller c/ Suisse*, 10737/84.

²⁵ P. Tavernier, L'art et la Cour européenne des droits de l'homme, *Mélanges dédiés à Cohen-Jonathan*, p. 1546 citant J.-G. Geus, Quelle liberté d'expression pour l'artiste?, in *Liber Amoricum C.-A. Norgaard*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 81.

Il faut se réjouir que la Cour ait finalement retenu, par un arrêt *Wingrove*²⁶, de traiter ce conflit au sein du seul l'article 10 de la convention. L'affaire portait sur un film mettant en scène les extases de Sainte Thérèse d'Avila. La nécessité de concilier la protection du sentiment religieux et la liberté de création est ici appréciée à l'aune de l'article 10 al 1 et al 2 visant les droits d'autrui. Comme en droit interne, la religion n'est plus visée en tant qu'institution, elle doit s'intégrer dans une catégorie plus vaste, visant à protéger non plus l'institution, mais les individus croyants. La Cour reconnaîtra même le caractère inapproprié du blasphème, dont « *de puissants arguments militent en faveur de la suppression* ». Pourtant, s'abritant derrière la marge d'appréciation des Etats, elle ne s'opposera pas à une telle ingérence²⁷.

2) « L'attention particulière » à la création

Ainsi circonscrit au seul article 10, il est néanmoins probable, à l'avenir, que la liberté de création soit traitée plus favorablement. On sait, en effet, que, depuis un arrêt *Kunstler*²⁸, la Cour reconnaît qu'« *il faut examiner avec une **attention particulière** toute ingérence dans le droit d'un artiste à s'exprimer* ». En l'espèce, l'affaire portait sur un tableau satirique mêlant hommes politiques, personnalités du clergé et mère Térésa dans des postures sexuelles. La Cour, ne s'abritant plus derrière la marge d'appréciation des Etats, considérera que l'ingérence n'était pas justifiée. L'attention particulière accordée à la création conduira la Cour à reconnaître que l'interdiction d'exposition constituait une violation de l'article 10 de la convention. La Cour confirmera, ultérieurement, cette attention particulière et cette ouverture en faveur de la création en matière littéraire dans l'affaire *Karatas*²⁹ portant sur des poèmes kurdes, ainsi que dans la célèbre affaire *Akdas*³⁰ considérant que la condamnation de l'éditeur turc des onze mille verges de Guillaume Appolinaire constituait une violation de l'article 10 de la convention. Cette mise en évidence de la liberté de création est une bonne nouvelle, qui limitera d'autant les hypothèses de censure fondées sur la religion. Il demeure que cette « attention particulière » doit reposer sur une délimitation claire de la liberté conférée. La liberté ne sera légitime que si circonscrite.

II) Des contours à définir de la liberté de création

La question des contours de la liberté de création est aussi fondamentale que délicate³¹. Si la jurisprudence tant interne qu'européenne peine à offrir des critères clairs, il demeure que cette liberté doit reposer sur des invariants (A) tout en dépendant de variables d'ajustements (B).

A) Les invariants de la liberté de création

Les invariants de la liberté de création sont classiquement la nécessaire existence d'une œuvre et ou d'un auteur, l'un et l'autre étant liés.

²⁶ CEDH, 25 nov. 1996, *Wingrove c/ Royaume-Uni*, n° 17419/90.

²⁷ C. Duvert, Le contrôle judiciaire du traitement médiatique des symboles religieux : du numéro d'équilibriste à la boîte de Pandore : Légipresse 2007, n° 242, II, p. 76 notant que le droit européen, à l'aune de ces jurisprudences, reconnaît une protection particulière au fait religieux. Pour une lecture plus favorable à la liberté de création : L. François, Liberté d'expression et convictions religieuses dans la jurisprudence européenne : Légipresse 2002, n° 235, II, p. 109.

²⁸ CEDH, 25 janvier 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c/ Autriche*, n° 68354/01.

²⁹ CEDH, 8 juillet 1999, *Karatas c/ Turquie* du 8 juillet 1999, n° 23168/94.

³⁰ CEDH, 16 février 2010, *Akdas c/ Turquie*, n° 41056/04.

³¹ Sur ce débat, particulièrement : A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, thèse Lyon 3, 2011, p. 146 et suiv.

1) Un auteur et une œuvre

La liberté de création suppose un auteur et une œuvre. La jurisprudence ne s'intéresse pourtant que très rarement à la qualité d'auteur. On notera néanmoins, dans une affaire opposant droit à l'image et liberté de création, la précision selon laquelle l'auteur de l'atteinte est un écrivain. En revanche, la jurisprudence apprécie l'œuvre et plus particulièrement son genre pour reconnaître le bénéfice de la liberté de création. Ainsi, la Cour européenne note que le propos s'intègre dans des poèmes³² ou un roman³³. On retrouve cette même approche objective dans l'affaire récente *Belle et Bête*³⁴ où le juge des référés, pour apprécier le jeu éventuel de la liberté de création, note que le livre est une œuvre littéraire. Parfois, cette approche objective de l'œuvre se subjective. La qualification d'œuvre dépend alors des sachants qui délivrent un certificat d'œuvre. On pense à l'affaire *Pogrom*³⁵, roman de Eric Bénier-Burckel où le Tribunal de grande instance notera que *Progrom* est une œuvre littéraire, un roman, notamment en raison de l'attestation en ce sens délivrée par Frédéric Beigbeider. L'œuvre est donc appréciée au travers de son genre afin de bénéficier de la liberté de création. Il se peut aussi que soit visé le mérite. Ainsi, les juges confèrent à la suite des critiques et des journalistes une valeur artistique et littéraire au roman *Plateforme* de Michel Houellebecq³⁶. Plus radicalement, la Cour européenne appréhende le mérite d'une œuvre au travers de sa panthéonisation dans la bibliothèque de la Pléiade³⁷ !

2) Pour une prise en considération du droit d'auteur

Que faut-il en penser ? S'il est nécessaire qu'une œuvre soit présente pour bénéficier de la liberté de création, la méthode ne semble pourtant pas légitime. La liberté conférée à l'auteur ne peut et ne doit dépendre de son mérite. Pourquoi certaines œuvres seraient-elles jugées pouvoir être transgressives et d'autres non ? Il existerait même un paradoxe certain à faire dépendre la possible transgression d'une œuvre à son mérite. La prise en compte de la publication à la Pléiade comme critère du bénéfice de la liberté de création témoigne de ce paradoxe offrant la liberté de la transgression aux seuls auteurs morts et très largement reconnus... La difficulté provient de l'incapacité du juriste à définir l'art. Le risque est alors que le juge ne s'abrite derrière des experts, octroyant le label d'artistes à certains le refusant à d'autres. Le phantasme de l'impunité de cette nouvelle aristocratie que formeraient les artistes³⁸ pourrait ainsi devenir réalité. Le bénéfice de la liberté ne dépendrait pas d'une réalité objective, mais d'une légitimation par un dangereux entre soi.

Il semble pourtant que la question ne soit pas si difficile et surtout que des réponses pertinentes existent. Au fond, il s'agit ni plus ni moins que de savoir si une création existe. L'existence de cette création justifie le bénéfice de liberté particulière. Or, il nous semble qu'il appartient au droit d'auteur de faire le tri entre ce qui ressortit à la création et ce qui n'en ressortit pas ! Certes, ce tri vise à distinguer ce qui est libre de ce qui est protégé. Il n'y aurait pourtant rien d'impossible à faire produire d'autres conséquences à ce tri, comme notamment

³² CEDH, 8 juillet 1999, *Karatas c/ Turquie* du 8 juillet 1999, n° 23168/94.

³³ CEDH, 29 mars 2005, *Alinak c. Turquie*, n° 40287/98, par. 41.

³⁴ TGI PARIS, Ordonnance de Référé, 26 février 2013, n° RG 13/51631 : D. 2013.561, F. Rome ; D. 2013.569, note P. Mbongo ; JAC, 2013, n° 1, p. 6, obs. E. Treppoz ; Légipresse, 2013, n° 304, p. 227 note A. Tricoire.

³⁵ TGI, 17^e ch., Paris, 16 novembre 2006, Légipresse, avril 2007, p. 72, note A. Tricoire.

³⁶ TGI Paris, 22 octobre 2002, Légipresse, janvier 2003, p. 13.

³⁷ CEDH, 16 février 2010, *Akdas c/ Turquie*, n° 41056/04

³⁸ Sur ce phantasme présentait comme une réalité : N. Heinich, *L'élite artiste - Excellence et singularité en régime démocratique*, coll. "Bibliothèque des Sciences humaines", Gallimard, 2005.

le bénéfice de la liberté de création. Les conséquences seraient doubles. D'abord, le mérite ou le genre deviendrait indifférent, justifiant de traquer la création où qu'elle se trouve et non pas dans la seule Pléiade. En ce sens, on peut se réjouir de la décision *Belle et Bête*³⁹ par laquelle le juge se désintéresse du débat quant à la valeur littéraire, jugée indifférente au titre de la liberté de création. Ensuite, une telle prise en considération du droit d'auteur au titre de la liberté de création assurera que cette liberté ne bénéficie qu'à la création. Or, telle n'a pas toujours été le cas. On citera la récente affaire à propos de la célèbre invective renvoyée à l'ancien président de la république⁴⁰. La Cour rattache, en effet, la question à la satire et à la liberté artistique. Un tel rattachement semble néanmoins quelque peu inconfortable, tant l'invective ne semble pas ressortir à la création. La Cour est alors amenée à modifier le considérant de l'arrêt *Kunstler* notant qu'« *il faut examiner avec une attention particulière toute ingérence dans le droit d'un artiste – ou de toute autre personne – à s'exprimer par ce biais* ». Il aurait été préférable de soumettre cette question à la liberté d'expression et non à la liberté artistique. La prise en considération du droit d'auteur permettrait d'imposer un tel plancher au jeu de la liberté de création, plancher qu'il faut combiner avec les variables de la liberté de création.

B) Les variables de la liberté de création

Deux variables nous semblent ici être particulièrement importantes pour décider du jeu de la liberté de création, l'intention et le public, les deux pouvant se combiner.

1) L'intention

La jurisprudence témoigne de l'importance de l'intention⁴¹ de l'auteur du message dans la prise en compte de la liberté de création. Ainsi, depuis l'arrêt *Kunstler*⁴², l'intention satirique est prise en compte positivement en faveur de la liberté de création. Un arrêt ultérieur *Alves Da Silva*⁴³ s'intéresse au contexte de la satire, en l'espèce les festivités du carnaval, pour reconnaître une plus grande liberté de satire et ici artistique. Outre l'intention satirique, la volonté de participer à un débat d'intérêt général a été aussi prise en compte par les juges, notamment dans l'affaire des caricatures de Mahomet⁴⁴. L'une des caricatures avait, en effet, été jugée comme ne visant pas les seules intégristes pouvant donc constituer une injure faites aux musulmans. Pour autant, le contexte et le circonstance de la publication témoignaient, selon les juges, de la volonté de participer au débat sur la liberté d'expression et non d'une quelconque volonté d'offense.

A l'inverse, on peut se demander s'il n'existerait pas des intentions défavorables à la liberté de création. On pense ainsi à l'intention commerciale. Très clairement, dans l'affaire de la Cène, et selon la Cour d'appel de Paris⁴⁵, le caractère commercial de la diffusion était difficilement compatible avec l'invocation de la liberté de création. La position de la Cour de cassation fut autre excluant toute injure et ce sans même prendre en compte la nature commerciale du message. C'est pourtant cette nature commerciale qui retiendra la Cour de

³⁹ TGI PARIS, Ordonnance de Référé, 26 février 2013 : precit.

⁴⁰ CEDH, 14 mars 2013, *EON c/ France*, n° 26118, par. 60.

⁴¹ Rapp. A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, thèse Lyon 3, 2011, p. 174 et suiv. sur le mobile créatif.

⁴² CEDH, 25 janvier 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c/ Autriche*, n° 68354/01

⁴³ CEDH, 20 octobre 2009, *Alves da Silva c/ Portugal*, n° 41665/07.

⁴⁴ TGI Paris, 22 mars 2007 : precit.

⁴⁵ CA Paris, 14ème ch B, 8 avril 2005, n° 05/06086: D. 2005.1326, La critique, l'outrage et le blasphème, P. Rolland.

cassation dans l'affaire *Our Body*⁴⁶ pour reconnaître qu'une telle exposition violait l'article 16 du Code civil. Il semble, en effet, cohérent de reconnaître qu'un message purement commercial attentatoire à la religion puisse plus difficilement se prévaloir de la liberté de création⁴⁷. Le fait que le message soit commercial ne devrait cependant pas à lui seul exclure le jeu de la liberté de création.

Si l'intention de l'auteur est importante, elle ne peut toutefois être suffisante. Il importe qu'elle soit comprise par le public.

2) Le public

Le public constitue la seconde variable d'ajustement. On se souvient que l'approche n'est pas la même selon qu'est en cause un film ou une affiche. Dans un cas, le public a choisi la confrontation avec l'œuvre, dans l'autre il la subit. Dans un cas, du fait de ce choix, le public est restreint, dans l'autre, le public de par l'exposition sur la voie publique est nécessairement large. L'approche du droit se doit de varier et de régler la liberté de création en fonction du public visé. La Cour européenne va dans le même sens, lorsqu'elle prend en compte le genre poème notant qu'il s'agit d'« *une forme d'expression artistique qui s'adresse à une minorité de lecteurs qui y sont sensibles* »⁴⁸. Avec cette notion de public cible, les juges recherchent la capacité de ce public à comprendre le message de l'œuvre, l'intention de l'auteur. On retrouve cette idée au travers du pacte fictionnel en matière littéraire⁴⁹. Michel Houellebecq peut écrire dans *Plateforme* que « l'Islam est la religion la plus con ». Le lecteur comprend que le propos est fictionnel, se rattachant à un personnage fictif et non à l'auteur. En revanche, lorsque le propos est réitéré par l'écrivain dans un entretien avec un journaliste, plus rien ne peut le justifier et l'incrimination d'injure est pertinente⁵⁰. Le contexte et le public sont donc fondamentaux pour que puisse jouer la liberté artistique.

⁴⁶ Cour de cassation, 16 septembre 2010, *Légipresse*, 2010, n° 277, p. 363, note A. Tricoire, CCE, 2010, nov., com. 112, A. Lepage, D. 2010. 2750 note G. Loiseau et B. Edelman.

⁴⁷ D. Cohen, La liberté de créer, in *Liberté et droits fondamentaux*, dir. R. Cabrillac, M.-A. Frisson-Roche et T. Revet, Dalloz, 2012, p. 523.

⁴⁸ CEDH, 8 juillet 1999, *Karatas c/ Turquie* du 8 juillet 1999, n° 23168/94, par. 49 et aussi à propos d'un roman CEDH, 29 mars 2005, *Alinak c. Turquie*, n° 40287/98, par. 41.

⁴⁹ E. Treppoz, Pour une attention particulière du droit à la création : l'exemple des fictions littéraires, D. 2011.2487.

⁵⁰ TGI Paris, 22 octobre 2002, *Légipresse*, janvier 2003, p. 13

La liberté religieuse face à la laïcité

Liberté religieuse et espaces publics

Daphné DEL AMO (*Institut d'Etudes Judiciaires de Lyon*), Florence GAUTHIER (*Université de Cergy-Pontoise*) et Kimberley HENDERSON (*Université de Nancy*)

« *C'est la neutralité de l'espace public qui permet la coexistence harmonieuse des différentes religions* » a affirmé Jacques CHIRAC, lors de son discours du 17 décembre 2003 relatif au respect du principe de laïcité dans la République¹.

Les rapports entre liberté religieuse et espaces publics font l'objet d'un choix de l'Etat quant à sa marge d'appréciation. En France, ce choix est celui de la laïcité, fondée sur la séparation de la sphère publique et de la sphère privée, ce qui nécessite, en effet, la neutralité de l'espace public. Le principe de laïcité est proclamé par certains pays du Conseil de l'Europe ; à l'instar de la France dans l'article 1^{er} de sa Constitution².

L'Etat a pour rôle de permettre la coexistence des groupements religieux. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs insisté sur la nécessité de « maintenir un véritable pluralisme religieux, inhérent à la notion de société démocratique »³.

Il existe une pluralité de définitions doctrinales de la liberté religieuse qui, *in fine* recourent plus ou moins, la définition donnée par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Celle du Professeur GONZALEZ est, à ce titre, intéressante. Il précise que la liberté religieuse est « *la liberté de croire ce que l'on veut, de s'attacher éventuellement à la religion de son choix incarné dans un groupement religieux organisé et de manifester ce choix et cette croyance en paroles et (ou) en actes* »⁴. Néanmoins, la notion de religion n'a pas été définie clairement par le Conseil de l'Europe. La Cour européenne des droits de l'homme exige seulement que la religion alléguée soit identifiable⁵.

L'article 9 de la Convention EDH protège la liberté d'avoir des convictions ou croyances, c'est-à-dire le for intérieur des individus, de manière absolue. La liberté religieuse implique également celle de manifester ses convictions et croyances. En ce sens, le Professeur GONZALEZ considère la liberté de religion comme une « *liberté à facettes* »⁶, intérieure et absolue dans sa dimension intérieure (la liberté de croire dans son for intérieur), extérieure et relative dans sa dimension individuelle mais aussi collective (la liberté de manifester en public sa religion).

¹ Discours de J. CHIRAC du 17 décembre 2003 relatif au respect du principe de laïcité dans la République, Paris, 17 décembre 2003 (suite à la remise du rapport de la Commission Stasi)

² « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ».

³ Cour EDH, *Manoussakis c/ Grèce*, 26 septembre 1996, req. n°18748/91

⁴ G. GONZALEZ, « Liberté de pensée, de conscience et de religion », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2008

⁵ Cour EDH, *Manoussakis c/ Grèce*, 26 septembre 1996, req. n°18748/91

⁶ Cour EDH, *Manoussakis c/ Grèce*, 26 septembre 1996, req. n°18748/91

Nous nous attacherons, dès lors, à cette liberté de manifestation, qui est relative, dans la mesure où des restrictions de la part des autorités étatiques sont, sous certaines conditions, permises.

La question de la liberté de manifester ses convictions religieuses se pose moins dans les espaces privés que dans les espaces publics, puisque l'on constate dans ces derniers, un exercice circonstancié mené par les États.

La notion même d'espaces publics est elle-même sujette à réflexion, dans la mesure où elle peut être employée aussi bien au singulier qu'au pluriel. L'espace public en tant que tel est davantage une notion politique et philosophique que juridique. Jürgen HABERMAS en est, à cet égard, l'un des plus célèbres théoriciens. Olivia BUI-XUAN a pu s'interroger ainsi, en 2011, sur l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique à propos de l'espace public⁷.

On notera d'ailleurs à cet égard, qu'aucun dictionnaire juridique n'en donne une définition. Et ce, que ce soit le « Cornu » (qui renvoie à l'espace globalement, mais n'envisage pas l'espace public comme notion particulière) le *Lexique des termes juridiques*, le *Dictionnaire de Droit administratif*, le *Dictionnaire de culture juridique* ou encore le *Dictionnaire des Droits de l'Homme*. Les seuls textes juridiques qui tentent de « juridiciser » la notion d'espace public sont la Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 (dite « loi sur la burqa ») et sa circulaire d'application du 2 mars 2011.

A ce sujet, Thierry PAQUOT considère que : « *l'espace public est un singulier dont le pluriel — les espaces publics — ne lui correspond pas. En effet, l'espace public évoque non seulement le lieu du débat politique, de la confrontation des opinions privées que la publicité s'efforce de rendre publiques, mais aussi une pratique démocratique, une forme de communication, de circulation des divers points de vue ; les espaces publics, quant à eux, désignent les endroits accessibles au(x) public(s), arpentés par les habitants, qu'ils résident ou non à proximité*⁸ ». L'usage du pluriel change-t-il quelque chose ? En s'appuyant sur l'ouvrage de Thierry PAQUOT, Olivia BUI-XUAN estime que oui, en concluant qu'il existerait deux concepts distincts : « *'l'espace public', comme espace métaphorique désignant le débat public, et les 'espaces publics', entendus comme les espaces matériels propices aux interactions sociales* »⁹.

Le terme « espaces publics » adopte des contours flous, puisqu'il n'est ni défini par les textes juridiques (lexiques juridiques, lois, Convention européenne des droits de l'homme) ni par les juridictions. Tout au plus trouve-t-on une définition de la notion au singulier, dans la loi française n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, cet espace étant alors défini comme renvoyant aux « voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public ».

Les espaces publics regrouperaient alors plusieurs catégories : les lieux affectés à l'usage collectif ; les lieux privés ou publics accessibles à tous¹⁰ ; les lieux affectés à un service public (écoles, crèches, universités, hôpitaux, prisons, etc.) ; les voies publiques. Plus largement, les lieux de communication audiovisuelle (télévision, radio, internet) font également partie des espaces publics.

⁷ O. BUI-XUAN, « L'espace public. L'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDA mai-juin 2011*, p. 551

⁸ Th. PAQUOT, *L'espace public*, Edition la Découverte, 2009

⁹ O. BUI-XUAN, « L'espace public. L'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? », *op. cit.*, p. 552

¹⁰ Cour EDH, *Eweida et autres c/ Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, req. n°s 51671/10, 36516/10, 48420/10 et 59842/10

A l'inverse, sont exclus de la qualification d'espaces publics, les lieux privés où l'accès est limité ou exclusif, tels les locaux d'entreprise, les immeubles, le domicile, les cages d'escalier, les chambres d'hôtel. De même, une galerie commerciale appartenant à une société privée est qualifiée par la Cour EDH d'espace privé¹¹.

Ainsi, quelle place est conférée par la Cour EDH à la religion dans les espaces publics ? Plus précisément, comment la Cour concilie-t-elle la liberté religieuse avec le principe de neutralité qui s'impose à l'Etat dans les espaces publics ?

Si la liberté de manifester sa religion dans les espaces publics est consacrée de manière forte (I), cette même liberté peut être restreinte sous l'impulsion étatique (II) aboutissant à une pluralité de régimes.

I. Une consécration forte du droit de manifester sa religion dans les espaces publics

D'une part, la Cour EDH reconnaît, de manière générale, le droit de manifester sa religion (A). D'autre part, elle protège, de manière accrue, la liberté de religion par la création d'obligations positives et négatives (B).

A. Une reconnaissance large du droit de manifester sa religion

En application de l'article 9 de la Convention, la liberté de manifester sa religion peut prendre diverses formes, à savoir l'accomplissement de rites, le culte, les pratiques et l'enseignement.

L'accomplissement des rites doit, par principe, être possible en toutes circonstances mais également en tout lieu public et ce de manière individuelle ou collective.

De manière individuelle, tout d'abord, la liberté de diffuser ses convictions religieuses est autorisée quand bien même elle se manifesterait dans l'objectif de convaincre son prochain ou son auditoire. En effet, seul le prosélytisme dit « abusif » n'est pas toléré. Il est défini par la Cour comme la corruption ou la déformation des idées¹².

Dans l'arrêt *Ahmet Arslan*¹³, la Cour a, malgré la poursuite de plusieurs buts légitimes, condamné la Turquie, pour avoir interdit sans justification particulière, le port de vêtements religieux (barbe, habillement) sur la voie publique dès lors que l'ordre public n'était pas menacé et que les requérants ne faisaient pas acte de prosélytisme abusif.

En conséquence, la loi française interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, déclarée conforme à la Constitution, semble d'une conventionalité fragile, en raison de son interdiction absolue de principe de toute dissimulation du visage dans l'espace public. Dans son rapport du 25 mars 2010, le Conseil d'Etat avait d'ailleurs estimé que l'interdiction générale du port du voile intégral serait fragile juridiquement. Il proposait le vote d'une loi

¹¹ Cour EDH, *Appleby et autres c/ R.U.*, 6 mai 2003, req. n°44306/98

¹² Cour EDH, *Kokkinakis c/ Grèce*, arrêt, 25 mai 1993, req. n°14307

¹³ Cour EDH, *Ahmet Arslan et autres c/ Turquie*, arrêt, 23 février 2010, req. n°41135/98

prévoyant l'obligation de maintenir à découvert son visage dans certains lieux ouverts au public, lorsque les circonstances ou la nature des lieux le justifient.

Par ailleurs, le régime alimentaire prescrit par la religion d'un détenu s'impose à l'administration pénitentiaire¹⁴.

De manière collective ensuite, l'exercice collectif du culte est la forme la plus évidente de manifester sa religion. L'accès aux lieux de culte et les restrictions imposées aux fidèles en matière de service religieux et d'accomplissement des rites relèvent ainsi de l'article 9 de la Convention¹⁵.

En outre, l'Etat peut manifester son attachement à une religion majoritaire. Ainsi, en s'appuyant notamment sur la marge d'appréciation de l'Etat, la Cour a jugé, dans l'arrêt de Grande Chambre *Lautsi*¹⁶, que le crucifix accroché dans les salles de classe des établissements scolaires publics en Italie n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention.

B. Une protection accrue par la création d'obligations positives et négatives

Si la Cour EDH met à la charge des États des obligations non seulement négatives (abstention) mais aussi positives (action), en matière de religion les obligations négatives pesant sur les États sont plus nombreuses.

Par principe, il pèse sur l'Etat une obligation de neutralité dans la mesure où la liberté de religion exclut toute appréciation étatique sur la légitimité des croyances religieuses ou sur ses modalités d'expression, tel qu'il ressort de l'arrêt *Manoussakis*¹⁷. Dans cet arrêt, la Cour souligne que l'exercice d'un culte subordonné, de par la loi, à l'octroi préalable et pénalement sanctionné d'une autorisation, constitue une entrave à ce culte et ne peut passer pour une loi protectrice de la liberté de religion.

De même, ce principe de neutralité prohibe toute ingérence étatique dans la direction d'une communauté religieuse¹⁸. L'Etat doit être, en effet, « l'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances »¹⁹. Il ne doit en ce sens favoriser aucun culte et veiller à rester en dehors des affaires internes aux cultes²⁰, tout en ne se prononçant pas sur le bien-fondé dogmatique des cultes.

Cette même obligation de neutralité de la part des autorités étatiques s'applique également au sein de l'ordre public immatériel, par l'interdiction de diffuser à la télévision et à la radio des publicités de nature religieuse²¹.

En revanche, l'obligation de neutralité ne saurait être imposée à l'Etat dans l'hypothèse de traitements inhumains et dégradants. Il s'agit de la charia qui est incompatible avec l'article 3

¹⁴ Cour EDH, *Jakobski c/ Pologne*, 7 décembre 2010, req. n°18429/06.

¹⁵ Cour EDH, G.C., *Chypre c/ Turquie*, 10 mai 2001, req. n°25781/94.

¹⁶ Cour EDH, G.C., *Lautsi et autres c/ Italie*, 18 mars 2011, req. n°30814/06.

¹⁷ Cour EDH, *Manoussakis c/ Grèce*, 26 septembre 1996, req. n°18748/91.

¹⁸ Cour EDH, G.C., *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie*, 26 octobre 2000, req. n°30985/96.

¹⁹ Cour EDH, G.C., *Refah Partisi et autres c/ Turquie*, 13 fév.2003, req. n°41340/98.

²⁰ Cour EDH, *Hassan et Tchaouch c/Bulgarie, op.cit* ; Cour EDH, 16 déc.2004, *Haut Conseil spirituel de la communauté musulmane c/Bulgarie*.

²¹ Cour EDH, *Murphy c/ Irlande*, 10 juillet 2003, req. n°44179/98.

de la Convention comme l'a affirmé la Cour²², à propos des châtiments judiciaires corporels infligés en public telles que flagellation, amputation des mains et pieds, lapidation.

Par ailleurs, tout endoctrinement visant à imposer une religion, tant dans la rédaction des lois que dans le fonctionnement du service public, est prohibé par la Cour. Dans le cadre de l'enseignement public, la Cour a néanmoins précisé, dans son arrêt *Folgerø*²³, que la primauté donnée à une religion en particulier ne constitue pas en soi une forme d'endoctrinement, à condition que les cours soient dispensés de manière objective, critique et pluraliste.

Sur le port de signes religieux ostentatoires au sein des établissements scolaires publics, la position de la Cour EDH diverge de celle du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

En effet, le Comité considère que l'expulsion d'un élève sur le fondement du port d'un *keski* (petite étoffe de couleur noire, souvent utilisée comme un petit turban) est disproportionnée et inutile. Par conséquent, il conclut à la violation de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁴.

Au contraire, la Cour EDH, confrontée aux mêmes faits²⁵, a jugé les demandes comme étant manifestement infondées, en se référant au principe de laïcité et à la marge d'appréciation conférée à l'Etat.

Au niveau national, se pose alors la question des conséquences engendrées par cette décision du Comité ; comme par exemple, en Belgique, où le conseil d'administration des établissements d'enseignement de la Communauté flamande a annoncé une stricte interdiction des symboles religieux dans ces écoles dès le début de la prochaine année scolaire.

Ainsi, la Cour EDH protège, par principe, le droit de manifester sa religion dans les espaces publics. Néanmoins, ce droit est susceptible de restrictions. En effet, « *Cette liberté positive doit être respectée, même protégée dans certains cas par l'Etat mais, à raison de cette extériorisation — qu'elle soit en privé ou en public —, les autorités publiques sont fondées à en limiter l'exercice* »²⁶.

II/ Une application davantage circonstanciée de la liberté de religion dans les espaces publics

D'une liberté absolue dans son principe, à un exercice circonstancié dans son application pratique et concrète, la liberté religieuse telle que définie par la Convention EDH semble peu problématique dans les espaces privés mais demeure plus délicate dans les espaces publics. Les modalités d'exercice de la liberté religieuse dans les espaces publics donnent-ils jour à une harmonisation européenne sous l'égide de la Cour ?

²² Cour EDH, *Tyrer c/ R.U.*, 25 avril 1978, req. n°5856/72 ; Cour EDH, *Jabari c/ Turquie*, 11 juillet 2000, req. n°4003.

²³ Cour EDH, *G.C., Folgerø et autres c/ Norvège*, 29 juin 2007, req. n°15472/02.

²⁴ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, décision, *Bikramjit Singh c/ France*, 1^{er} novembre 2012, Communication n°1852/2008.

²⁵ Cour EDH, *Ranjit Singh c/ France*, 30 juin 2009, req. n°27561/08 ; Cour EDH, *Jasvir Singh c/ France*, 30 juin 2009, req. n°25463/08.

²⁶ V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La manifestation de sa religion vue de Strasbourg », in B. DUARTE, *Manifester sa religion : Droits et limites*, L'Harmattan, Paris, p. 15.

Il s'agit de mettre en exergue la limitation – sous l'impulsion étatique – de la liberté religieuse dans les espaces publics, limitation obéissant à une pluralité de régimes. La justification par l'Etat de cette pratique réside dans la non-discrimination religieuse.

A travers la diversité des régimes afférents aux lieux publics (A), on constate la délicate émergence d'un consensus européen (B).

A. Une diversité de régimes afférents aux lieux publics, dégagée par la Cour

En principe, la marge d'appréciation est la même pour les États. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Otto Preminger c/Autriche*²⁷. Mais les modalités sont multiples, d'où la prise en compte par le droit conventionnel, des particularismes liés aux États, sous réserve que l'Etat reste dans le cadre d'ingérences nécessaires et légitimes. On constate une application différenciée selon les États, liée à l'histoire de ces derniers notamment et aux « valeurs » qui y ont été promues.

Ainsi en est-il de la « *passion de l'égalité* » à la française, selon les termes de TOCQUEVILLE²⁸, qui façonne une conception particulière de la liberté religieuse dans les espaces publics : celle de la laïcité. Dans cette perspective, sont visées des pratiques identifiées comme donnant lieu à des situations d'exclusion et/ou d'infériorité, jugées incompatibles avec les valeurs de la République et les principes d'égalité et de dignité humaine. Atteste de cette volonté, la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et sa circulaire d'application du 2 mars 2011. Ainsi en est-il, également, du primat de la liberté dans la conception anglo-saxonne.

Le droit conventionnel a en quelque sorte établi une typologie des États par rapport au fait religieux : la Cour EDH accepte de reconnaître les États laïcs, concordataires, et confessionnels. Ce sont les trois modalités possibles des États européens, à l'exclusion donc de la théocratie, jugée incompatible avec la démocratie.

Parmi les lieux publics, la jurisprudence opère une distinction et une catégorisation selon les lieux. Elle distingue notamment entre :

- lieux de libre circulation (rue, place, plage...) ou non (les prisons, cas particulier car lieu de privation de liberté),
- lieux à usage collectif ou individuel,
- lieux publics (piscine, hôpital, bibliothèque, école) ou privés destinés à l'usage du public (centre commercial, cinéma), distinction qui reprend globalement celle des lieux affectés ou non à un service public,
- affectés ou non au culte (lieux de culte, édifices cultuels, aumôneries).

Le principe de la liberté religieuse a été consacré dans l'arrêt *Ahmet Arslan*²⁹ et le port de signes religieux est interdit seulement dans les lieux publics dédiés à un service public. C'est ce qui ressort des arrêts *Leyla Sahin*³⁰ et *Dalhab*³¹.

Si la liberté de croire est absolue car elle concerne l'intime conviction et le for intérieur de l'individu ; il en est autrement de la liberté de manifester et montrer son appartenance religieuse et ses croyances dans les espaces publics, qui demeurent encadrés. Ce qui nous occupe, ici en premier lieu, est la dimension « positive » de la liberté de religion à savoir manifester, individuellement ou collectivement, sa foi et ses convictions en public. Nous ne nous pencherons pas sur les autres composantes de la liberté de religion fixées à l'art. 9

²⁷ Cour EDH, *Otto Preminger Institut c/Autriche*, 20 sept. 1994, n°13470/87.

²⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique I*, deuxième partie, Ed. Saunders and Otley, Londres, 1835, p.31.

²⁹ Cour EDH, *Ahmet Arslan et autres c/ Turquie*, 23 fév.2010, req. n°41135/98.

³⁰ Cour EDH, G.C., *Leyla Sahin c/Turquie*, 10 nov.2005, req. n°44774/98.

³¹ Cour EDH, *Dalhab c/Suisse*, 15 fév.2001, req. n°42393/98.

Convention EDH, soit qu'elles soient privées, soit qu'elles concernent l'enseignement du culte ce qui relève de la communication sur le droit à l'instruction et liberté religieuse.

La manifestation de sa religion est, en principe, autorisée tant qu'elle reste « passive ». L'appréciation devient plus délicate quant au prosélytisme : la Cour a pu le qualifier tantôt de « passif » tantôt d' « actif », et a jugé qu'il était condamnable lorsqu'il est « abusif »³² ou « de mauvais aloi »³³.

L'Etat peut être amené à restreindre la liberté religieuse également du fait de contrôles d'identité et de sécurité dans les aéroports³⁴, consulats, ambassades, etc.

L'ordre public, notion contingente et large, apparaît être un outil de contrôle. C'est l'argument principal avancé par les États pour restreindre certaines libertés dont la liberté religieuse. Son utilisation par les États pour justifier les restrictions qu'ils pratiquent, est parfois excessive et abusive. Ceci est en partie dû à l'élasticité de la notion d'ordre public. Car, même si, elle peut se définir par ses composantes (sécurité, santé, tranquillité publiques), la notion elle-même peut difficilement être circonscrite. D'où une utilisation par les États qui reste difficile à canaliser et à contrôler.

L'ingérence étatique est également plus ou moins grande. Si elle est proscrite, en principe, dans les rapports intra-religieux, elle est admise dans les rapports inter-religieux. Mais l'admission jurisprudentielle d'une ingérence étatique est renforcée pour certains services publics, ce qui présuppose une « hiérarchisation » et une différenciation des services publics existants.

L'affirmation de la liberté de religion comme l'une des assises des sociétés démocratiques et toutes ces conséquences a comme point de départ l'arrêt précité *Kokkinakis*. Dès lors, est posée la question du pluralisme (la Cour affirmant que dans la protection de cette liberté de pensée, « il y va du pluralisme, chèrement conquis au cours des siècles » et que ce pluralisme est « consubstantiel » au caractère démocratique d'une société) et donc de la libre manifestation de sa religion tout en évitant le prosélytisme agressif. C'est cet équilibre qui gouverne toute la jurisprudence de la Cour EDH.

L'Etat doit nécessairement respecter le pluralisme religieux et permettre concrètement son application au sein de son territoire national. Cependant, il existe des applications particulières dues par exemple à la sécurité routière. Le fait religieux est alors en lien direct avec les impératifs de sécurité, de protection et de circulation. Il s'agit là d'un exemple de limitation de la liberté religieuse pour des motifs de sécurité publique : le port du casque obligatoire et la visibilité du conducteur du véhicule doivent prévaloir sur le port de signes ou de vêtements liés à la pratique d'une religion. Notamment, le turban sikh empêchant le port du casque et donc, par là même, la protection de l'intéressé³⁵, et le hijab gênant la visibilité du conducteur de véhicule et pouvant ainsi être estimé dangereux pour la conductrice comme à l'égard des passagers et des tiers. L'Etat peut restreindre la manifestation de la religion dans ces cas circonstanciés, limités dans le temps et dans l'espace, au nom de la protection de l'individu (y compris contre lui-même) et des tiers.

En conséquence, l'Etat doit assurer le pluralisme et interdire le prosélytisme abusif ou les troubles à l'ordre public (art. 9 § 2 Convention EDH) tout en garantissant la liberté de religion dans son aspect extériorisé qui peut prendre des formes diverses (affichages publics, distribution de tracts, cérémonies, processions, etc.).

Finalement, la question qui se pose est de savoir comment l'Etat peut faire pour maintenir cet équilibre fragile et surtout comment la Cour EDH encadre l'action de l'Etat en ce domaine ?

³² Cour EDH *Kokkinakis c/ Grèce*, 25 mai 1993, req. n°14307/88.

³³ Cour EDH, *Larissis et autre c/ Grèce*, 24 février 1998, req. n°23372/94, 26377/94 et 26378/94.

³⁴ Cour EDH, *Phull c/ France*, 11 janvier 2005, req. n°35753/03.

³⁵ Com EDH, *X c/ Royaume uni*, 12 juillet 1978, req. n° 7992/77.

Stéphane GUERARD distingue entre « *la neutralité religieuse dans les lieux publics : une obligation affirmée* » dans les services publics, écoles, etc., et « *la neutralité religieuse dans les lieux publics : une application nuancée* » dans les cimetières (carrés confessionnels) et les lieux publics culturels³⁶.

Globalement au vu de la jurisprudence de la Cour EDH, de *Kokkinakis* à *Ahmet Arslan*, deux tendances se dégagent, sur ce point, qui amènent à une sorte de protection à géométrie variable de la liberté de religion en fonction de l'espace public dans lequel elle se manifeste. D'une part, nous sommes face à une large marge de manœuvre reconnue aux États dans les espaces publics « fermés » (qui concerne surtout la manifestation individuelle de la religion dans les écoles, services publics) avec la jurisprudence issue des arrêts *Leyla Sahin*, *Dhalab*, *Dogru*³⁷, *Kervanci*³⁸, *Tuba Aktas*³⁹. D'autre part, il apparaît une liberté religieuse plus protégée, du moins une marge de manœuvre des États davantage encadrée, voire un devoir de protection dans les espaces publics « ouverts » (qui concerne pour le coup plutôt la manifestation collective de la religion sur les voies publiques, par exemple) qui ressort des arrêts *Mouvement raëlien*, *Ahmet Arslan*, l'affaire du « Père Basile »⁴⁰.

B. La délicate émergence d'un consensus européen : une difficile harmonisation jurisprudentielle de la liberté religieuse dans les espaces publics

Il convient de constater une absence de consensus européen : le contrôle de proportionnalité exercé montre le refus de l'imposition jurisprudentielle d'une doctrine constitutionnelle. Il s'agit d'un contrôle minimum, et l'on peut se demander si le type de contrôle exercé ne viderait pas de sa substance la lettre de la Convention EDH. D'où la difficile émergence par la Cour de critères communs aux États européens, et une nuance à apporter à la neutralité théorique.

La pratique de la liberté de manifester sa religion et la réunion pacifique bornent une liberté religieuse toute théorique dès qu'il s'agit de la pratiquer dans la rue. Pour ce qui est des manifestations publiques, la Cour a pu faire preuve d'une certaine frilosité jurisprudentielle. En attestent, les arrêts *Mouvement raëlien*⁴¹ et *Platteform*⁴².

La théorie des apparences telle qu'utilisée par la Cour est également à questionner dans sa transposition quant au fait religieux. Dans l'arrêt *Lautsi*⁴³, la question se pose ainsi en ces termes : la théorie des apparences, issue de la pratique jurisprudentielle de l'article 6 de la Convention EDH, est-elle transposable telle quelle à celle de l'article 9 ?

Néanmoins, la frontière est encore floue entre prérogatives de l'Etat en matière de religion et de coexistence des différentes confessions d'une part, et utilisation parfois contestable de l'alibi culturel, historique et identitaire, d'autre part. Les États conservent le droit de manifester leur attachement à une religion majoritaire dans leur territoire national ; la Cour EDH permet que cet attachement à une culture religieuse issue des racines historiques d'un État soit de notoriété publique au sein de l'Etat. Mais, cela ne doit pas être synonyme de restrictions voire de pressions directes ou indirectes sur les autres confessions et leurs croyants/pratiquants.

³⁶ S. GUÉRARD, « La liberté religieuse dans les lieux publics », in *Les Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, Presses universitaires de Caen, Caen, 2005, pp.55 et 62.

³⁷ Cour EDH, *Dogru c/ France*, 4 déc. 2008, req. n° 27058/05.

³⁸ Cour EDH, *Kervanci c/ France*, 4 déc. 2008, req. n° 31645/04.

³⁹ Cour EDH, *Tuba Aktas c/France*, 30 juin 2009, req. n°43563/08.

⁴⁰ Cour EDH, *97 membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gladni c/ Géorgie*, 3 mai 2007, req. n° 71156/01.

⁴¹ Cour EDH, *Mouvement Raëlien c/ Suisse*, 13 juillet 2012, req. n° 16354/06.

⁴² Cour EDH, *Plattform Ärzte für das leben c. Autriche*, 21 juin 1988, req. n°10126/82.

⁴³ Cour EDH, G.C., *Lautsi c/ Italie*, 18 mars 2011, req. n° 30814/06.

L'incorporation des lieux de culte catholiques dans le domaine public de certains États (notamment la France) au nom de l'Histoire nationale emprunte par exemple les contours de l'alibi identitaire. Si l'on en croit la circulaire d'application de la loi de 2010 (circulaire du 2 mars 2011)⁴⁴, en France « La République se vit à visage découvert », scandant les présupposés d'une conception française de la nation fondée sur le primat volontariste du « vivre ensemble »⁴⁵.

Se dessine le dilemme de la Cour quant à la marge de manœuvre des États face aux religions minoritaires dans leurs territoires respectifs. Le refus de construction de certains édifices cultuels joint à une interdiction de pratique des rites et prières collectives dans les espaces publics ne stigmatiserait-il pas, de fait, les confessions concernées, les frappant du sceau de l'infamie ?! Dans leur pratique, les États oscillent entre prise en charge publique de ces différentes confessions minoritaires et indifférence voire stigmatisation. En France, la loi de 1905 dite de séparation des Églises et de l'Etat est le principe, bien que l'Alsace-Lorraine fasse figure d'exception en subventionnant, pour les différentes confessions, les cultes, les lieux de culte et les officiers du culte.

L'Etat est sommé par la Cour de demeurer dans sa pratique un « organisateur neutre et impartial » des différentes religions. Mais cette impartialité est-elle seulement possible pour l'Etat ? Même sans prendre parti pour une confession déterminée, en organisant l'inscription des religions dans la sphère publique, ne serait-ce que pour permettre leur coexistence pacifique, concrètement, l'Etat garde une marge de manœuvre difficile à limiter précisément. L'organisation neutre et impartiale est-elle une fiction juridique ? A travers la nuance entre neutralité d'action et neutralité d'inaction, il convient de se demander si la neutralité et l'impartialité peuvent être érigées en critères du rôle d'organisateur étatique.

D'aucuns parmi la doctrine, se sont questionnés sur la neutralité même de l'appréciation de la Cour : serait-elle finalement aussi différenciée selon les religions ? En effet, au sein de sa jurisprudence, la Cour se refuse à qualifier la croix catholique de signe prosélyte, contrairement au hijab. Elle explique ce décalage par le fait que la croix serait un signe « passif ». La présence du crucifix a, elle, été acceptée sur des fondements discutables par la Grande Chambre⁴⁶, tandis que le port du voile islamique a pu être interprété comme un symbole de « soumission et de dégradation de la femme »⁴⁷. Quant à l'interdiction des minarets par la Suisse⁴⁸, il s'agit d'une irrecevabilité d'espèce contestable quant à l'obligation de neutralité imposée à l'Etat.

In fine, la Cour est-elle, elle-même, une Cour neutre et impartiale ou une juridiction accompagnant le « retour aux racines chrétiennes de l'Europe »⁴⁹ ? Il n'est pas sans rappeler que la Cour est issue, dans sa construction, de la volonté et donc de l'histoire des États européens. Peut-être ses limites sont-elles inhérentes à ce qui a présidé à sa construction et demeure-t-elle freinée, dans l'application de la Convention, par la souveraineté des États membres du Conseil de l'Europe. En tout état de cause, la Cour ne peut totalement faire abstraction des États et des racines chrétiennes qui forment un point commun de leur identité. A l'échelle européenne comme internationale, la problématique de la liberté religieuse se pose en termes de conciliation, d'aménagement de son principe dans l'espace public global et dans les espaces publics plus particuliers. Les illustrations de ces tâtonnements en sont nombreuses, comme nous l'avons vu, au travers d'exemples tels que la loi d'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public en France, la question des minarets en Suisse, la

⁴⁴ Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 - NOR: PRMC1106214C.

⁴⁵ E. RENAN - *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Conférence faite en Sorbonne, 11 mars 1882.

⁴⁶ Cour EDH, G.C., *Lautsi c/ Italie*, 18 mars 2011, req. n° 30814/06.

⁴⁷ Cour EDH, *Dahlab c/ Suisse*, 15 février 2001, req. n° 42393/98.

⁴⁸ Cour EDH, *Ligue des musulmans de Suisse et autres c/ Suisse*, 28 juin 2011, req. n° 66274/09.

⁴⁹ *RTD Civ.* n°2, 15 juillet 2011, J-P MARGUENAUD, p.303, note sous CEDH 16 déc. 2010 «Avortement et crucifix: l'éclatant retour aux racines chrétiennes de l'Europe ».

présence de crucifix dans les salles de classe en Italie, la question du port de signes ostentatoires à l'école en France et en Turquie, les réflexions autour de l'éventuelle instauration de la charia en Grande-Bretagne.

Certes, il y a un attachement de la Cour au principe de la liberté religieuse et à sa protection, et à travers cela au pluralisme inhérent à toute société démocratique, pluralisme que la Cour qualifie de « consubstantiel »⁵⁰. La nécessité d'une organisation de la liberté religieuse et d'un encadrement par la Cour n'est ainsi plus à démontrer : ne serait-ce que pour assurer aux cultes une protection équivalente, mais aussi, pour que leur cohabitation soit aussi pacifique que faire se peut au sein d'une même société, participant ainsi au « vivre ensemble » d'une même nation.

A l'instar de Monsieur le Professeur GONZALEZ, nous considérons que « *quoiqu'elle en dise, toute religion prétend détenir le monopole de la Vérité. En ce sens, elle est rétive à la liberté de religion qui donne aux autres la possibilité d'exprimer leurs prétentions concurrentes jusqu'au près de leurs propres adeptes* »⁵¹.

Or, c'est la dichotomie entre prétention à l'absolu de la part des différentes confessions, et la nécessaire relativité de la liberté de l'exprimer dans les espaces publics, qui convainc de la raison d'être de l'intervention de l'Etat. Ceci, afin de réaliser un compromis, où liberté religieuse et logique de l'espace public polymorphe - les espaces publics - ne se contredisent pas.

Cependant, il faut éviter les écueils d'une telle tentative de conciliation. C'est-à-dire, éviter ce que Nicolas Hervieu désigne par un « *espace public verrouillé* » ou un phénomène de « *verrouillage axiologique de l'espace public* » dont il met en garde notamment à propos de l'arrêt *Mouvement raëlien c/ Suisse* du 13 juillet 2012, dans son article en forme de diatribe intitulé « Les funestes paradoxes européens de l'espace public verrouillé »⁵².

* * *

En conclusion, nous avons vu que la marge de manœuvre des États en matière de liberté religieuse est fonction des lieux, des espaces publics en question. Cette marge de manœuvre demeure relativement large dans les espaces publics que – un peu schématiquement – nous qualifions de « fermés » (il s'agit alors des établissements scolaires, des lieux où s'exerce un service public, etc.) ; elle est davantage réduite dans les espaces publics plus ouverts.

Ainsi, à l'issue de notre présentation, nous reprenons les propos précités de Stéphane GUERARD qui, distingue, d'une part, « *une obligation affirmée* » et, d'autre part, « *une application nuancée* »⁵³. Il s'agissait, en effet, de la teneur des deux axes de notre réflexion.

Rappelons que le débat n'est pas clos puisque, devant la Cour EDH, la question est à nouveau d'actualité, de par une affaire actuellement pendante. Il conviendra, à cet effet, de tirer enseignement des réponses qu'apportera la Cour. Il s'agit de l'affaire *SAS c/ France*⁵⁴ dans laquelle une femme musulmane portant le niqab dans des espaces publics, a été sommée par les autorités de quitter les lieux.

En effet, la liberté de religion dans les espaces publics est une problématique qui semble délicate ; mais à laquelle la Cour répond de plus en plus, apportant, au gré des jurisprudences, des précisions sur les limites et les garanties à apporter, donnant en quelque sorte le mode d'emploi pour placer le curseur de la liberté religieuse à l'échelle étatique.

⁵⁰ CEDH, *Kokkinakis c/ Grèce*, 25 mai 1993, *ibid.* ; CEDH, *Otto-Preminger-Institut c/ Autriche*, 20 septembre 1994, *ibid.*

⁵¹ G. GONZALEZ, « Liberté de pensée, de conscience et de religion », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2008, p.639.

⁵² N. HERVIEU, « Les funestes paradoxes européens de l'espace public verrouillé » (CEDH, G.C., 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien c/ Suisse*), disponible sur <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/07/18/les-funestesparadoxes-europeens-de-lespace-public-verrouille-chedh-g-c-13-juillet-2012-mouvement-raelien-c-suisse/>

⁵³ S. GUÉRARD, « La liberté religieuse dans les lieux publics », in *Les Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, Presses universitaires de Caen, Caen, 2005, n°4, pp. 55 et 62.

⁵⁴ Cour EDH introduite le 11 avril 2011, *SAS c/ France*, req. n° 43835/11

Religion et santé en France sous le regard de Cour européenne des droits de l'Homme

Pierre- Henri PRELOT,
Professeur, Université Cergy Pontoise

Le Préambule de la Constitution de 1946 consacre le droit à la santé comme un *Principe particulièrement nécessaire à notre temps*. Ainsi que l'énonce le 11^e alinéa, « (la Nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Avant de devenir comme il le tend de plus en plus ce qu'il est aujourd'hui c'est-à-dire un droit individuel subjectif, un droit à et sur sa propre santé, le droit à la santé s'est compris au départ comme un droit social identifié par son débiteur, c'est-à-dire la communauté nationale toute entière. Cette conception du droit à la santé comme droit de solidarité est un des composantes majeures de la démocratie sociale, et à ce titre elle n'est en rien propre à la France. On retrouve des dispositions analogues dans la constitution italienne de 1947¹, dans la constitution portugaise de 1976² ou encore dans la constitution espagnole de 1978³. Dans le cas de la France, le droit à la santé est d'ailleurs le premier des droits sociaux du Préambule auquel le Conseil constitutionnel ait fait référence, dans sa décision IVG du 15 janvier 1975.

Ce droit constitutionnel à la santé impose à l'autorité publique d'organiser un système de santé publique accessible à tous, et qui fonctionne dans un cadre de solidarité nationale. Mais il lui fait également obligation de protéger la santé des individus contre les atteintes extérieures, qu'elles émanent de tiers ou de l'environnement au sens général (pollution, exposition à des substances nuisibles, contrôle de l'alimentation...). Compris en ce sens le droit à la santé est un des fondements de l'ordre public. La « *protection de la santé* » figure ainsi au nombre des ingérences ou des restrictions étatiques légitimes à l'exercice des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'Homme. L'autorité publique s'acquitte de cette tâche en réprimant les atteintes à l'intégrité physique et psychique des individus, que sanctionnent les infractions du droit pénal. Elle s'en acquitte également par le contrôle qu'elle exerce sur les activités sociales de toute nature, au nombre desquelles figurent le cas échéant les activités des groupes religieux, qui sont l'objet de la présente réflexion. On soulignera d'emblée, car c'est une évidence, que le contrôle public exercé sur les religions en matière de protection de la santé ne se distingue pas d'une manière générale du contrôle exercé sur les autres activités sociales, quelle qu'en soit la nature. Car depuis 1905, la police des cultes, c'est ni plus ni moins la police de l'ordre public appliquée aux cultes. Si par exemple, un défaut d'alimentation ou de soins, ou bien une maltraitance sont signalés, les conditions juridiques de l'intervention de l'autorité de police ou des services sociaux sont rigoureusement les mêmes quel que soit le contexte, religieux ou non.

Traditionnellement, le contrôle d'ordre public en matière de respect du droit à la santé portait sur les convictions du groupe religieux lui-même. Mais ce contrôle a été progressivement remis en cause au nom de la liberté des convictions et de l'égalité des religions (I). Aujourd'hui,

¹ Article 32 La République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité, et elle garantit des soins gratuits aux indigents. Nul ne peut être contraint à un traitement sanitaire déterminé si ce n'est par une disposition de la loi. La loi ne peut, en aucun cas, violer les limites imposées par le respect de la personne humaine.

² Article 64 (La santé) 1. Toute personne a droit à la protection de la santé, ainsi que le devoir de la préserver et de l'améliorer...

³ Article 43-1. Le droit à la protection de la santé est reconnu. 2. Il incombe aux pouvoirs publics d'organiser et de surveiller la santé publique par des mesures de prévention et par les prestations et les services nécessaires. La loi fixe les droits et les devoirs de tous à cet effet. Les pouvoirs publics encouragent l'éducation sanitaire, l'éducation physique et le sport. De même, ils favorisent une utilisation appropriée du loisir.

il tend à se reporter sur les comportements des adeptes eux-mêmes, mais dans ce domaine il se heurte au principe de l'autonomie individuelle (II).

I) L'impossible contrôle des groupements religieux

Le contrôle de l'ordre public en matière de santé a longtemps fonctionné comme un instrument de contrôle des religions dissidentes ou minoritaires, c'est-à-dire pour résumer celles qui n'appartenaient pas à la tétralogie des « *anciens cultes reconnus* » (A)⁴. Une telle pratique administrative, confortée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, est aujourd'hui condamnée (B).

A) Le droit à la santé comme instrument de contrôle des religions

Si avec la séparation de 1905 les religions sont rentrées dans le droit commun, il reste que pour un Etat comme la France, qui s'est extrait dans la douleur de sa gangue religieuse, les religions n'ont jamais été et ne seront jamais tout à fait des activités sociales comme les autres. C'est une réalité dont atteste en particulier le fait que les mécanismes de contrôle et de reconnaissance hérités de notre tradition gallicane n'ont jamais complètement disparu.

La constitution des groupements religieux en associations cultuelles, qui devait être le droit commun exclusif de l'organisation des religions selon la loi de 1905, a ainsi longtemps fait l'objet d'un contrôle en amont par l'autorité publique. Dans la mesure où le statut d'association cultuelle procure des avantages significatifs, notamment fiscaux, l'accès à cette qualité a longtemps fonctionné comme un mécanisme d'autorisation préalable, et donc de reconnaissance implicite des religions. Concrètement, l'administration refusait la qualité de « *cultuelles* » à des associations dont elle estimait que leurs activités n'étaient pas de nature exclusivement religieuse, ou bien que certaines de ces activités étaient contraires à l'ordre public. Dans un important arrêt d'assemblée du 1^{er} février 1985, *Association chrétienne des Témoins de Jéhovah*, le Conseil d'Etat confirme ainsi le refus préfectoral d'autoriser un legs universel à ladite association au motif qu'elle n'a pas la qualité de « *cultuelle* ». Même si l'arrêt se garde de l'indiquer, les motifs de santé publique, et notamment le refus des transfusions sanguines par les témoins de Jéhovah, ont joué un rôle central dans la décision, si l'on en croit du moins les conclusions du commissaire du gouvernement Delon⁵.

Dans le même sens, le Conseil d'Etat a confirmé en 1992 le refus d'adoption opposé par le président du conseil général du Doubs à un couple de témoins de Jéhovah, et dans cette affaire c'est de façon explicite le refus des transfusions sanguines qui motive l'arbitrage des juges⁶.

La jurisprudence civile n'est pas en reste. Dans la fameuse affaire Palau Martinez contre France jugée par la Cour européenne des droits de l'Homme⁷, où était en jeu l'attribution de la

⁴ Au 19^e siècle et jusqu'à 1905 l'Etat reconnaissait le catholicisme, les christianismes luthérien et réformé, et le judaïsme.

⁵ Les conclusions ont été publiées à la revue du droit public, *R.D.P.*, 1985, p. 483, avec la note critique de Jacques Robert. Voir également *R.F.D.A.* 1986, p. 566, note P. Soler-Couteaux.

⁶ C.E., 24 avril 1992, *Dépt. du Doubs c. Epoux Frisetti*, *R.D.S.S.*, 92, 712, concl. Hubert : « *Considérant... qu'il ressort des pièces du dossier que M. et Mme F. ont fait connaître sans ambiguïté à l'administration, dans le recours gracieux qu'ils lui avaient adressé, qu'ils adhéraient personnellement à la doctrine des Témoins de Jéhovah en matière de transfusion sanguine et qu'ils étaient opposés à l'usage de cette méthode thérapeutique ; que, par suite, en estimant que les intéressés ne présentaient pas des garanties suffisantes en ce qui concerne les conditions d'accueil qu'ils étaient susceptibles d'offrir à des enfants sur les plans familial, éducatif et psychologique, le président du conseil général du Doubs n'a pas fait une inexacte application des dispositions législatives et réglementaires précitées* ».

garde des enfants après un divorce prononcé aux torts exclusifs du mari -lequel avait quitté le domicile conjugal pour rejoindre sa maîtresse, c'est-à-dire dans une situation où statistiquement la garde revient à peu près systématiquement à la mère- la Cour de cassation a pourtant validé l'attribution en appel de la garde au père, au motif que les convictions religieuses de leur mère, adepte des Témoins de Jéhovah, sont préjudiciables aux enfants⁸.

On pourrait opposer ici le fait que les contentieux rapportés concernent la seule question particulière du refus des transfusions, que les témoins de Jéhovah ont choisi de porter devant les tribunaux. Mais dans le contrôle exercé par les pouvoirs publics à l'encontre des mouvements considérés comme sectaires, qui n'est pas toujours judiciairisé, la question de la protection de la santé, notamment celle des enfants, occupe une place centrale au même titre que celle de l'éducation et de la scolarisation. A juste titre.

B) La remise en cause d'une politique de l'ordre public

Cette politique religieuse des autorités publiques consistant à conforter les anciens cultes concordataires culturellement intégrés, ainsi que l'Islam dans un but d'intégration, tout en contrôlant étroitement les groupes religieux plus marginaux, repose sur de solides préjugés à l'encontre de croyances perçues socialement comme menaçantes voire dangereuses, et regroupées dans le vaste fourre-tout des mouvements « *sectaires* » amalgamés dans les rapports parlementaires. Une telle conception de l'ordre public, où les atteintes à la santé des individus sont déduites non pas de faits précis et circonstanciés mais des convictions générales portées par le groupe religieux, ce qui était le cas pour les témoins de Jéhovah, est aujourd'hui condamnée. Dans un arrêt du 23 juin 2000⁹, le Conseil d'Etat a estimé, à propos de l'octroi du statut d'association culturelle, que le risque d'atteinte à l'ordre public soulevé par les pouvoirs publics devait résulter de faits objectifs imputables à l'association elle-même. L'administration ne peut plus désormais se contenter d'invoquer rituellement l'opposition de principe des Témoins de Jéhovah aux transfusions sanguines, encore faut-il établir que l'association demanderesse a « *incité ses membres à commettre des délits, en particulier celui de non-assistance à personne en danger* », en empêchant directement certains fidèles d'avoir accès à la transfusion. On peut voir dans ce revirement jurisprudentiel l'ombre portée de la Cour de Strasbourg, ainsi que le confirme *a posteriori* l'arrêt Témoins de Jéhovah de Moscou c/ Russie rendu une dizaine d'années plus tard, le 10 juin 2010¹⁰. Dans cette affaire moins exotique qu'il n'y paraît vu de France, la Cour de Strasbourg souligne que les refus de transfusion procèdent toujours en définitive d'un choix personnel, et réfute en l'absence de preuve « *l'argument selon lequel les enseignements relatifs au refus de transfusion font courir un risque de santé publique aux citoyens membres du groupement* »¹¹. Au passage, la Cour ne s'est pas privée de souligner ironiquement qu'« *à la différence des communautés orthodoxe, juive ou musulmane, les Témoins de Jéhovah n'imposent pas de rites comme le jeûne qui, dans certains cas, peuvent être dommageables pour la santé* »¹².

Quant à l'affaire Palau Martinez, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme au titre de l'article 8 combiné avec l'article 14. La Cour souligne dans son arrêt à quel point les juges français s'étaient contentés d'exposer des généralités sur les Témoins

⁷ Cour européenne des droits de l'Homme, 16 décembre 2003, *Palau Martinez c/ France*.

⁸ « *Attendu que les règles éducatives imposées par les Témoins de Jéhovah aux enfants de leurs adeptes sont essentiellement critiquables en raison de leur dureté, de leur intolérance et des obligations imposées aux enfants de pratiquer le prosélytisme* ».

⁹ CE 23 juin 2000, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c. Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom* : RTDH 2001, 1207-1219, note Gonzalez. L'arrêt fait suite à un important avis d'assemblée du 24 octobre 1997 : C.E., Ass., 24 octobre 1997 (avis), R.F.D.A. 1998.61, concl. J. Arrighi de Casanova, note G. Gonzalez.

¹⁰ CEDH., 10 juin 2010, *Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*.

¹¹ On cite ici Gérard Gonzalez, « Le juge européen et les préjugés », RTDH 2011, n°85, p.199.

¹² *Ibid.*

de Jéhovah sans fournir aucun élément concret démontrant l'influence de la religion de la mère sur l'éducation et la vie quotidienne des enfants¹³. Enfin, au vu de la jurisprudence européenne en matière d'adoption, il est vraisemblable que si l'affaire Frisetti devait aujourd'hui être jugée à nouveau par la Cour de Strasbourg, la France serait condamnée.

II) Droit à la santé et contrôle des adeptes

Le principe de l'autonomie de la personne humaine donne à chacun le droit de prendre les décisions concernant sa propre santé, y compris si celle-ci devait être mise en danger (A). Mais la pratique médicale française reste plutôt rétive à l'idée que la volonté du patient doive être respectée en toute circonstance, y compris lorsque le refus des soins met sa vie en danger (B).

A) L'autonomie de la personne et le refus des soins

Si les croyances d'un groupement religieux peuvent laisser présumer de sa dangerosité potentielle, et justifier le cas échéant une vigilance renforcée, en revanche comme on vient de le voir l'atteinte à la santé de ses adeptes ne peut être imputée à un groupe religieux du seul fait des convictions qu'il représente. La croyance en elle-même n'est pas attentatoire à la santé. Mais l'adepte d'une religion est la plupart du temps un convaincu, qui oppose à ses objecteurs son autonomie personnelle et la liberté de convictions que la réprobation générale ne fait souvent que renforcer, et devant lesquelles l'autorité publique est tenue de s'incliner. L'importance particulière du principe de l'autonomie personnelle est soulignée par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt Témoins de Jéhovah de Moscou contre Russie. Ainsi que l'explique Gérard Gonzalez dans son commentaire, « la Cour souligne que « la liberté d'accepter ou de refuser un traitement médical spécifique, ou de sélectionner une forme alternative de traitement, est vitale pour assurer le respect du principe d'autodétermination et d'autonomie personnelle » (§136). Un adulte est donc libre de choisir même si son choix peut paraître à certains « irrationnel, malavisé ou imprudent » (§136). Sauf pour protéger des tiers (par exemple une obligation de vaccination en cas d'épidémie), l'Etat ne peut imposer un autre choix que celui souhaité par le patient ».

Dans le cadre français, c'est ce principe du consentement aux soins -déjà largement consacré en jurisprudence- qui est au fondement de la loi Kouchner du 4 mars 2002 : « *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* »¹⁴. La loi Léonetti du 22 avril 2005 étend ce principe aux personnes en fin de vie. Selon l'article L1111-10 qui en est issu, « *lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix* ».

Si donc le médecin n'a d'autre possibilité, face à la personne qui les refuse, que de « *tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables* », il reste qu'à l'impossible nul n'est tenu, et qu'il devra bien pour finir s'incliner devant ses choix ultimes.

¹³ La Cour de Strasbourg souligne notamment que la mère avait demandé qu'une enquête sociale soit menée, ce qui est une pratique courante en matière de garde d'enfants, et que la cour d'appel n'avait pas estimé nécessaire d'accéder à sa demande. Or une telle enquête aurait sans doute permis de réunir des éléments concrets sur la vie des enfants avec chacun de leurs parents et de déterminer les incidences réelles de la pratique religieuse de leur mère sur eux. Selon la Cour de Strasbourg, la juridiction d'appel s'est prononcée en fonction de considérations générales, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel (on reprend ici en substance le communiqué de la Cour de Strasbourg).

¹⁴ Code de la santé publique, article L1111-4.

L'issue pourra être tragique dans les cas les plus extrêmes¹⁵.

Mais si la volonté de la personne doit être respectée en toute circonstance, c'est à la condition que celle-ci soit vraiment libre et autonome. Concrètement le fait même de la croyance n'est pas une cause d'altération de la volonté, en sorte que l'administration contrainte des soins est exclue y compris lorsque l'adepte aveuglé est visiblement soumis à l'influence diffuse de la communauté. Ainsi qu'a pu le souligner le Comité consultatif national d'éthique en introduction de son avis consacré au refus de traitement¹⁶, « *l'intervention sur le corps d'une personne nécessite toujours de part et d'autre une confiance sans réserve. Il s'agit d'un véritable pacte qui trouve sa justification éthique dans la priorité accordée à l'intérêt de cette personne* »¹⁷. En revanche, l'intervention des médecins pourra être envisagée lorsque le refus des soins n'est pas l'expression d'un choix libre et délibéré, ce qui conduit à évoquer brièvement pour terminer deux hypothèses.

B) La remise en cause médicale du refus de soins

La première hypothèse est celle de l'enfant mineur. Outre que le consentement du mineur (ou du majeur sous tutelle) doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision, la loi Kouchner de 2002¹⁸ prévoit que « *dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* ». Le texte aménage également le droit pour le mineur de s'opposer « *expressément* » à la consultation par le médecin du ou des titulaires de l'autorité parentale s'il désire garder le secret sur son état de santé. En ce cas, par dérogation à l'article 371-2 du code civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir leur consentement sur les décisions médicales à prendre, si le traitement ou l'intervention s'imposent pour sauvegarder sa santé¹⁹. Ces dispositions protectrices trouvent leur fondement dans le principe énoncé par le Code de déontologie médicale, selon lequel « *le médecin doit être le défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage* »²⁰.

On retrouve toutes proportions gardées un même souci de protéger l'enfant contre ses parents dans le fameux jugement du Tribunal de Cologne, en date du 7 mai 2012, et qui portait sur la pratique de la circoncision rituelle²¹. Pour les juges de Cologne, la liberté religieuse des parents, tout comme le droit fondamental qui est le leur d'élever et éduquer leurs enfants selon leurs convictions, trouvent leur limite dans le droit de l'enfant à l'intégrité physique et au libre épanouissement de sa personnalité. Ainsi qu'a pu le dire le tribunal, le droit à la vie et à l'intégrité physique de l'enfant « *trace à lui-seul une frontière constitutionnelle immanente avec les droits fondamentaux des parents* »²². L'atteinte que porte la circoncision religieuse à l'intégrité physique de l'enfant, fût-elle commandée par une prescription religieuse, apparaît en tout état de cause disproportionnée aux yeux des juges, compte tenu des risques encourus par l'enfant. A la suite de cette affaire, une loi a été votée pour légaliser la circoncision rituelle des

¹⁵ C'est ce que rappelle le cas survenu en 2001, et rapporté par la presse, d'un jeune homme prénommé Rémi, étudiant en gestion, et qui jusqu'au bout a refusé la transfusion sanguine qui aurait pu le soigner de sa leucémie. Conscient jusqu'au bout, et il a signé une décharge avant de quitter volontairement l'hôpital où il avait été admis, pour s'en aller mourir auprès de sa mère. L'enquête diligentée par le parquet de Boulogne a été classée sans suite, en l'absence de pressions caractérisées des adeptes sur le jeune homme.

¹⁶ Avis n°87, du 14 avril 2005, Refus de traitement et autonomie de la personne.

¹⁷ *Ibid.*, page 1.

¹⁸ Code de la santé publique, article L1111-4.

¹⁹ Code de la santé publique, article L1111-5. Le texte précise que le médecin devra au préalable s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Ce n'est que dans le cas où le mineur maintient son opposition que le médecin peut mettre en œuvre le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix.

²⁰ Code de déontologie médicale, article 43.

²¹ Landgericht Köln, 7 mai 2012, 151 Ns 169/1.

²² «*Jedenfalls zieht Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 GG selbst den Grundrechten der Eltern eine verfassungsimmanente Grenze* ».

enfants.

L'autre hypothèse concerne le cas où la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté. En ce cas le Code de la santé publique prescrit qu' « aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté ». Mais outre que l'obligation de consultation cède en cas d'urgence ou d'impossibilité, la loi Kouchner dont est issu le texte n'impose jamais qu'une obligation de « consulter » les proches, en sorte que le médecin n'est pas lié par leur opposition éventuelle. Plus complexe est l'hypothèse où la personne a rédigé un document dans lequel elle déclare s'opposer à la pratique de certains soins pour le cas où elle se trouverait hors d'état d'exprimer sa volonté. C'est le cas en particulier des Témoins de Jéhovah qui refusent pour des motifs religieux toute transfusion sanguine, y compris à cause de mort. La pratique médicale en la matière privilégie généralement les soins dès lors que le pronostic vital est en cause. Cette position est confortée par le Conseil d'Etat, qui a défini les conditions de l'intervention des médecins dans son arrêt Senenayake du 26 octobre 2001. Le patient doit se trouver dans une situation « extrême », et les médecins doivent agir « dans le seul but de le sauver », l'acte pratiqué étant « indispensable à sa survie » et « proportionné à son état ». « Dans ces conditions », souligne le Conseil d'Etat, « et quelle que fût par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur des convictions religieuses, (les médecins) n'ont pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'administration ». Mais l'arrêt du Conseil d'Etat présente cette particularité qu'il ne fait pas obligation aux médecins d'intervenir contre la volonté du patient, en sorte qu'un médecin qui aurait choisi de respecter le choix de la personne malade ne verrait pas plus sa responsabilité engagée²³.

L'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 n'a pas remis en cause la position du Conseil d'Etat. Dans une ordonnance du 16 août 2002, Feuillatey c/ CHU de Saint Etienne), le juge des référés du Conseil d'Etat a souligné que si le principe du consentement aux soins constitue une liberté fondamentale, « les médecins ne portent pas à cette liberté fondamentale une atteinte grave et manifestement illégale lorsque après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ».

Cette position des médecins français lorsqu'ils se trouvent en présence d'une personne privée de sa conscience repose paraît trouver sa justification dans le fait que pour les médecins une volonté n'est jamais authentique que dans l'instant où elle est exprimée. Pour dire les choses autrement, la décision que prennent les médecins d'intervenir repose sur le postulat implicite selon lequel à l'instant où le refus des soins a été formulé par écrit, en considération d'une hypothèse qui restait virtuelle et abstraite, la personne n'avait pas pris l'entière mesure des conséquences de sa décision, et que le refus exprimé dans le document ne correspond plus nécessairement à ce que serait sa décision au moment où sa vie est pour de bon en péril, en sorte qu'il ne leur est pas opposable. C'est au reste cette vision qu'exprime la loi Léonetti à propos des directives anticipées, qui ne font jamais qu'exprimer les « vœux » de la personne en fin de vie pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté²⁴, et dont le médecin « tient compte » sans être tenu légalement de s'y conformer. Mais cette remise en cause de la volonté du malade dans le temps est en réalité un fondement extrêmement fragile, et il arrive qu'en présence d'une personne ayant exprimé personnellement et jusqu'à la limite extrême de ses forces son refus des soins, les médecins choisissent néanmoins d'intervenir une fois qu'elle

²³ Le Conseil d'Etat souligne à propos de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris contesté devant elle qu' « (...) en ayant entendu faire prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade, la Cour a commis une erreur de droit... ».

²⁴ Code de la santé publique, article L1111-1 : « Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les **souhaits** de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement... À condition qu'elles aient été établies moins de 3 ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation ».

n'est plus physiquement en situation de s'y opposer²⁵. En réalité la pratique médicale en matière de refus de soins trouve sa justification ultime dans la finalité même de leur art, qu'ils exercent au service de la vie, et pour des raisons qui tiennent à leur culture médicale profonde l'abstention leur apparaît comme une sorte de faute éthique, dont les ayants droits pourraient de surcroît être fondés à leur demander compte civilement voire pénalement²⁶.

On peut à juste titre remettre en cause une telle culture qui fait bien peu de cas de l'autonomie individuelle et du droit à la liberté religieuse, et qui investit le corps médical d'une fonction normative de contrôle des êtres. La Cour européenne des droits de l'Homme ne se prive d'ailleurs pas de le faire, ainsi qu'a pu l'expliquer de manière convaincante Gérard Gonzalez dans son commentaire de l'arrêt Témoins de Jéhovah de Moscou contre Russie, et l'on peut sur ces prémisses s'attendre à ce qu'un jour ou l'autre la France soit condamnée pour des soins infligés à une personne qui n'en voulait pas. Il est également évident que cette position constante consistant à privilégier en toute circonstance la vie est fragilisée par les revendications actuelles en faveur d'une légalisation de l'euthanasie, et que la proposition de loi en cours d'examen parlementaire, qui vise à rendre obligatoires les directives anticipées et autorise la sédation profonde des personnes en fin de vie, fragilise la position des médecins qui s'obstinent par ailleurs à pratiquer des soins que le malade refuse parce qu'il ne veut pas être sauvé.

Mais on se gardera de conclure de façon trop critique à l'encontre du corps médical. Car si l'on est parfaitement conscient des limites et du caractère difficilement acceptable, pour des personnes profondément et sincèrement convaincues, des atteintes à l'intégrité physique qui leur sont imposées au nom de leur propre santé, on peut également s'interroger sur la cohérence d'un système de santé où la relation médicale ne reposera plus *in fine* que sur une volonté subjective absolutisée de la personne dont le médecin sera devenu le simple prestataire.

²⁵ Voir pour une illustration les faits en cause dans l'affaire Feuillatey : CE 16 août 2002, ordonnance n°249552, *Feuillatey*.

²⁶ Code pénal, article 223-6, non-assistance en péril.

Liberté religieuse et droit à l'instruction

Amandine CREPEAU (Université Montpellier), Marlène EISENBARTH
(Université Saint Etienne), Hélène MARTIN (Université Paris II)

Ces deux droits sont protégés par la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 9 assurant la liberté de pensée, de conscience et de religion et l'article 2 du premier Protocole protégeant le droit à l'instruction. Du fait de la proximité téléologique de ces deux droits, il convient de s'intéresser aux rapports qu'ils peuvent entretenir dans la jurisprudence européenne. Ainsi, il apparaît que, de manière intrinsèque, lorsque l'un de ces deux droits prend l'ascendant sur l'autre, dans le cadre d'une opposition irréductible entre ces deux impératifs, deux configurations résolutoires semblent possibles. Il s'agira donc d'exposer comment la Cour européenne recherche la conciliation entre l'obligation positive de l'État membre d'assurer l'instruction de ses justiciables mineurs, avec la nécessité de respecter les croyances et convictions religieuses et/ou philosophiques de leurs parents. De par cet exercice de conciliation, la Cour va être amenée à délimiter les cas dans lesquels l'État peut légitimement être amené à s'ingérer dans la liberté religieuse au nom du droit à l'instruction (I), pour ensuite édicter « un régime » des ingérences étatiques en la matière (II).

La Cour est ainsi le plus souvent confrontée à un conflit entre deux droits, le droit à l'instruction et la mission de service public qui s'y rattache, et le droit à l'éducation, à destination des parents. Il semblerait que dans cette configuration, la Cour européenne opte pour une version « sacrificielle » du pluralisme, expression empruntée au Professeur Gérard GONZALEZ, pour résoudre une situation d'opposition conflictuelle.

I. Les possibles ingérences étatiques dans la sphère religieuse

Afin d'examiner la dualité intrinsèque à la conciliation entre liberté religieuse et droit à l'éducation des parents, il est nécessaire dans un premier temps d'appréhender la nature des ingérences étatiques pouvant conduire à une atteinte à l'un de ces impératifs conventionnels.

L'ingérence peut résulter ainsi d'un refus étatique de protéger les convictions religieuses et/ou philosophiques des parents et ainsi porter indirectement atteinte à leur liberté religieuse. On constate donc la perméabilité des deux droits que sont le droit à l'instruction et la liberté religieuse puisque la protection de l'un, le droit à l'instruction à destination des enfants, s'accompagne d'une potentielle restriction de l'autre, la liberté religieuse des parents (A).

L'ingérence étatique peut également résulter d'une interdiction du port de signes religieux dans les établissements publics scolaires portant ainsi logiquement atteinte au droit de manifester ses convictions religieuses, composante essentielle du for externe de la liberté religieuse. Ainsi la protection d'un objectif de laïcité, notamment admis par la jurisprudence de Grande chambre Leyla Sahin c. Turquie de 2005, peut potentiellement porter atteinte à un des éléments de la liberté religieuse (B).

Il convient donc d'appréhender comment la Cour tente de procéder à une conciliation entre différents impératifs et de développer une vision critique de son effort d'arbitrage entre droit à l'instruction et liberté religieuse.

A. Le refus d'une vision paroxystique du droit des parents d'éduquer leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques

En vertu de l'article 2P1, les enfants bénéficient d'un droit à l'instruction, et les parents en tirent celui d'éduquer leurs enfants conformément à leurs propres convictions. Ces droits n'étant pas absolus, ils doivent être conciliés sans pour autant que soit reconnu une hiérarchisation entre ceux-ci.

La Cour fait de l'intérêt de l'enfant, un élément déterminant à prendre en compte dans le cadre d'affaires relatives à la conciliation entre liberté religieuse des parents et droit à l'instruction des enfants. Rien d'étonnant à ce que la Cour prenne en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, notion juridique issue de la Convention de New York de 1989 relative aux droits de l'enfant, puisqu'il s'agit là d'un élément pertinent pour la résolution des litiges qui la saisissent. Elle a notamment utilisé cette notion dans le cadre de l'article 8 de la Convention, ou de l'article 3. Elle prend ainsi en compte la particulière vulnérabilité des enfants qui appelle dès lors logiquement un régime protecteur plus important à leur égard, et mieux encadré.

En effet, la Cour protège la vulnérabilité de certaines catégories de personnes et justifie ainsi que leur soit octroyé un régime spécifique comme c'est déjà le cas pour les détenus, les étrangers ou les femmes.

Le domicile étant un lieu fermé, les enfants ne peuvent théoriquement y bénéficier d'une pluralité d'idées. De plus, il s'agit d'un lieu où ceux-ci se sentent particulièrement en confiance, et de ce fait, ils pourront être plus facilement soumis à un certain « endoctrinement » de la part de leurs parents. Faire primer le droit à l'instruction leur permet de s'en échapper, et de par un enseignement pluraliste, de rétablir un équilibre entre l'éducation assurée par la famille et l'instruction, mission de l'école. Afin que cet équilibre soit rétabli, l'enseignement se doit d'être pluraliste. Le pluralisme étant une caractéristique essentielle à toute société démocratique.

La Cour a pour habitude de prendre en compte les principes de pluralisme, de tolérance et d'ouverture d'esprit qui sont consacrés au rang de principes matriciels dans la jurisprudence Handyside. Ces principes sous-tendent l'interprétation de la Convention en ce qu'ils participent de l'interprétation téléologique, au vu du Préambule garantissant un patrimoine commun de valeurs démocratiques. Dès lors, il est légitime que le pluralisme et l'ouverture d'esprit soient des éléments déterminants dans la mise en balance entre droit à l'instruction et droit au respect des convictions religieuses des parents. Il s'agit ici d'objectifs généraux qui peuvent parfois primer par nature sur les intérêts individuels. Ainsi, on peut légitimement en conclure que les parents ne disposent pas d'un droit absolu d'éduquer leurs enfants selon leurs convictions.

Après avoir constaté la difficulté et la variété des intérêts en jeu dans le cadre de la conciliation entre liberté religieuse et droit à l'instruction, il convient d'étudier dans une seconde partie la manière dont la Cour tente d'appréhender la conventionnalité de l'interdiction du port de signes religieux avec le droit à l'instruction des enfants dans le cadre de sa jurisprudence.

B. L'interdiction du port de signes religieux dans l'enceinte d'un établissement scolaire attentatoire au for externe de la liberté religieuse

Il convient d'abord de noter que l'interdiction du port de signes religieux, au cœur de la jurisprudence européenne récente, s'analyse sur le seul terrain de l'article 9 de la Convention ; délaissant ainsi quelque peu la question de la protection du droit à l'instruction selon les convictions religieuses et/ou philosophiques des parents, garanti par l'article 2P1.

Dans son arrêt Leyla Sahin de 2005, la Grande chambre avait affirmé la nature fondamentale du droit à l'instruction et la nécessité d'une approche in concreto pour examiner la question de l'interdiction du port du voile islamique dans les universités turques. La Cour a cependant pu refuser plus récemment d'examiner séparément le grief tiré d'une atteinte à ce droit quant au port de signes religieux par des élèves dans les établissements français dans ses arrêts Dogru et Kervanci de décembre 2008 ou sa décision d'irrecevabilité Aktas de juin 2009, considérant ainsi qu'aucune question distincte ne se posait sous l'angle de l'article 2P1.

Ainsi, la Cour semble considérer que l'examen de la question des incidences d'une interdiction, totale ou partielle, du port de signes religieux dans un établissement scolaire sur le terrain de la liberté religieuse est pertinent et suffisant et que son interprétation systémique permet d'appréhender l'analyse de l'atteinte aux droits à la lumière de l'ensemble des droits garantis, et donc du droit à l'instruction. C'est semble-t-il oublier la particularité du droit à l'instruction garanti par l'article 2P1 et ses incidences spécifiques. En effet, la rédaction même de l'article 2P1 garantit intrinsèquement la nécessité d'une mise en balance entre l'obligation générale de l'Etat d'assurer l'instruction des enfants et la protection des convictions religieuses des parents alors même que l'article 9 de la Convention implique un mécanisme dont la philosophie est différente puisqu'il comprend une clause d'ordre public qui permet ainsi de mettre en avant la nécessité de protéger la liberté religieuse et ainsi, de hiérarchiser sa protection en y incluant un mécanisme subsidiaire d'atteinte par les Etats pour des nécessités liées à la protection des droits d'autrui, de la moralité publique ou encore de la santé publique.

La logique des articles n'est sensiblement pas la même, puisque l'article 9 appelle une protection en priorité de la liberté religieuse, et une atteinte par exception du fait de l'introduction d'un deuxième paragraphe dans son libellé même, tandis que l'article 2P1 appelle une conciliation intrinsèque entre deux impératifs d'égale valeur.

Dès lors, on pourrait critiquer l'appréhension par la Cour sous le seul prisme de la liberté religieuse, garantie à l'article 9 de la Convention, des affaires tenant à l'interdiction du port de signes religieux, et de son rejet de traiter de cette même question sous l'angle de l'article 2P1 puisqu'il s'agit là de privilégier indirectement la vision et la logique d'un droit par rapport à un autre.

On pourrait d'autant plus souligner une certaine utilisation erratique de l'article 2P1 dans les affaires Dogru, Kervanci et Aktas puisque la Cour, même si elle base son raisonnement sur le terrain de l'article 9, fait référence au droit à l'instruction des enfants en recherchant, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, si l'exclusion d'élèves du fait de leur refus de se conformer à l'interdiction du port de signes religieux dans les établissements scolaires français n'a pas atteint en substance leur droit à l'instruction. En effet, la Cour semble faire de l'alternative d'enseignement à distance mise à la disposition des élèves refusant d'enlever leurs signes religieux dans l'enceinte de l'établissement scolaire, un des éléments déterminant dans son contrôle de la nécessité de la mesure. Dès lors, les exigences tirées de l'article 2P1 sont présentes indirectement dans le cadre de la jurisprudence européenne. Mais cette référence indirecte au droit à l'instruction est-elle néanmoins suffisante à assurer une protection réelle et effective de ce droit, alors même que l'objectif d'effectivité des droits a été proclamé de longue date par la Cour depuis son arrêt Airey de 1979 ?

Cette conciliation entre la liberté religieuse et le droit à l'instruction est d'autant plus complexe quant aux obligations à la charge de l'Etat en la matière puisque ce dernier doit assurer un véritable effort d'équilibrage et de proportionnalité dans le cadre de sa prérogative de restriction de la liberté religieuse ou du droit à l'instruction des enfants.

II. L'encadrement des ingérences de l'Etat dans la liberté religieuse dans le domaine de l'éducation

Afin de traiter de l'encadrement des ingérences étatiques dans l'exercice de la liberté de religion et du droit à l'instruction, il est nécessaire d'expliquer les raisons qui peuvent justifier cet encadrement pour ensuite analyser la mise en œuvre de celui-ci.

Ainsi, dans un premier temps, nous comprendrons que le risque principal émanant de l'ingérence de l'État dans le contexte particulier de l'éducation religieuse est l'endoctrinement (A). Par la suite, il s'agira d'étudier les mécanismes de dispense mis en œuvre par les États eux-mêmes et le contrôle exercé par la Cour sur ceux-ci (B).

A. Le risque d'endoctrinement

Si l'État est libre de déterminer le contenu du programme scolaire, concernant le domaine sensible qu'est la religion, on ne peut remettre en doute le nécessaire encadrement de cette pratique. En effet, on déduit du droit à un libre enseignement l'interdiction de l'endoctrinement par l'État.

Dans son arrêt *Kokkinakis*, la Cour affirme que la liberté de religion « comporte en principe le droit d'essayer de convaincre son prochain, par exemple au moyen d'un enseignement ». Néanmoins, elle a jugé que l'endoctrinement à l'école était contraire à l'article 2P1 en affirmant que « la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 implique [...] que l'État, en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se place la limite à ne pas dépasser. »

Il convient par conséquent de distinguer l'approche « confessante » que doit impérativement éviter l'État et l'approche « objectivante » bien plus adaptée à son action. Ces deux approches ont été mises en exergue par Régis Debray dans son rapport au Ministère de l'éducation.

L'approche « confessante » est celle qui conduit à l'endoctrinement, c'est l'enseignement du fait religieux qui n'est ni critique, ni objectif, ni pluraliste. Cette approche doit être évitée. En effet, la Cour, sur le fondement de l'article 9 de la Convention, condamne le « prosélytisme de mauvais aloi ». L'État ne saurait imposer une religion à ses enfants par le biais de l'école.

Ainsi, et afin d'éviter de telles dérives, l'État est assujéti à un devoir de neutralité s'étendant tant au contenu des programmes scolaires qu'à l'aménagement de l'environnement scolaire.

En sus des critères définis par la Cour s'agissant du programme scolaire, tel que l'aspect critique et pluraliste du cours, certains États ont eux-mêmes mis en œuvre des mécanismes de dispense afin de pallier ce risque d'endoctrinement.

B. La mise en œuvre du mécanisme de dispenses

Le concept de laïcité n'étant pas défini par la Cour et chaque État en ayant sa propre conception, il existe dans de nombreux États européens des cours de culture religieuse. L'objectif tendant à surmonter l'inculture religieuse est certes légitime. Cependant, afin de respecter leur devoir de neutralité, un certain nombre de ces États ont instauré des mécanismes de dispense.

Ces mécanismes ne sont pas les mêmes d'un État à l'autre. Il existe par exemple une distinction entre dispenses totales et dispenses partielles pour que le cours s'adapte au mieux à l'élève et puisse s'accorder avec ses propres convictions. Cependant, ces mécanismes sont parfois inadéquats, c'est pourquoi la Cour opère un contrôle afin de respecter au mieux l'équilibre entre les différents droits consacrés par la Convention.

Par exemple, dans son arrêt Folgero, la Cour a jugé que le refus total de dispense emportait violation de l'article 2P1. Dans cette affaire, il était question d'un cours portant sur la religion et la philosophie avec une prédominance de la religion chrétienne. La Cour a jugé que le mécanisme de dispense était susceptible de soumettre les parents concernés à une lourde charge et au risque que leur vie privée soit indument exposée.

Différents droits garantis par la Convention étant ainsi mis en jeu par le biais du mécanisme de dispenses, on comprend là toute l'importance du contrôle opéré par la Cour.

Conclusion

Nous avons pu observer que la Cour procédait à un rééquilibrage entre la liberté religieuse et le droit à l'instruction. Cette recherche d'équilibre est particulièrement observable de par les mécanismes d'encadrement préconisés par la Cour. Cet équilibre est néanmoins susceptible d'évolutions, guidées potentiellement tant par les évolutions sociales au sein de certains États que par la formation de consensus entre les États eux-mêmes.

II- Applications spécifiques

L'autonomie des collectivités religieuses

Emmanuel TAWIL

Maître de conférences (HDR) à l'Université Paris II

L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme est parmi les stipulations de celle-ci l'un de ceux dont le contenu semble le plus conséquent.

Il ne se contente pas d'envisager in abstracto la liberté de religion. L'article 9 envisage tant les aspects individuels que collectifs de la liberté religieuse, tant la liberté interne de conscience, ce que la tradition moraliste appelle le « for de la conscience », que la liberté religieuse dans son aspect externe.

Malgré la pléthore de précisions que donne l'article 9, il demeure une énorme lacune qu'un français ne perçoit pas. L'article 9 ne mentionne pas les aspects institutionnels de la liberté de religion : il n'envisage pas la liberté du groupe religieux en tant que groupe, à savoir ce que l'on appelle en général en droit comparé l'autonomie des collectivités religieuses. Alors que la question est étudiée en droit comparé¹, elle l'est fort peu en France².

Les auteurs français sont en général convaincus que la liberté religieuse s'épuise dans la liberté de conscience, garantie en France en tant que principe reconnu par les lois de la République, et dans le principe de laïcité. Ils ignorent que partout en Europe l'autonomie des collectivités religieuses est garantie. L'article 7 de la Constitution italienne souligne que « *l'Etat et l'Eglise catholique sont, chacun dans son propre domaine, indépendants et souverains* ». L'article 137 alinéa 3 de la Constitution de Weimar, qui a valeur constitutionnelle du fait du renvoi de l'article 140 de la Loi fondamentale allemande, dispose :

« Chaque société religieuse règle et administre ses affaires de façon autonome, dans les limites de la loi applicable à tous. Elle confère ses fonctions sans intervention de l'Etat ni des collectivités communales civiles ».

En Espagne, l'autonomie des confessions religieuses découle de l'article 16 alinéa 1^{er} de la Constitution qui garantit la « *liberté idéologique, religieuse et des cultes des confessions religieuses* ». L'article 6 de la Loi organique sur la liberté religieuse de 1980 précise que « *les églises enregistrées, confessions et communautés religieuses ont une autonomie complète et sont habilitées à établir leur propres règles d'organisation, leurs normes internes et la réglementation de leur personnel* »³. Au Portugal, l'article 41 alinéa 4 de la Constitution

¹ Hildegard WARNINK (sous la direction de), *Legal Position of Churches and Church Autonomy*, Leuven, Peeters, 2001, XIV-269 pages ; Gerhard ROBBERS (sous la direction de), *Church Autonomy*, Frankfurt-am-Main, Peter Lang, 2001, 716 pages.

² On notera la soutenance, le 23 septembre 2013, à l'Université Paris II, de la thèse de Jean-Pierre Schouppe sur Les aspects institutionnels et collectifs de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

³ Sur le principe d'autonomie des collectivités religieuses en droit espagnol, José Maria GONZALEZ DEL VALLE, « Constitutional status of religious confessions in Spain », in *Le statut constitutionnel des cultes dans les pays de l'Union européenne, The constitutional status of churches in the european countries*, Actes du colloque de l'Université Paris XI, 18-19 novembre 1994, Milano-Paris, Giuffrè-Litec, 1995, p. 110-118.

garantit l'autonomie des collectivités religieuses en prévoyant que « *les églises et les communautés religieuses sont séparées de l'Etat et peuvent librement s'organiser, exercer leurs fonctions et célébrer leur culte* ». Sur ce fondement les employés des collectivités religieuses sont soumis à certaines normes de droit interne de leur religion⁴. En Belgique, l'article 21 alinéa 1^{er} de la Constitution dispose :

« L'Etat n'a le droit d'intervenir ni dans la nomination ni dans l'installation des ministres d'un culte quelconque, ni de défendre à ceux-ci de correspondre avec leurs supérieurs, et de publier leurs actes, sauf, en dernier cas, la responsabilité ordinaire en matière de presse et de publication ».

En droit constitutionnel français, il n'existe rien de tel, sauf à considérer que la consécration par le Conseil constitutionnel du libre exercice des cultes en tant qu'élément du principe de laïcité implique aussi la consécration de la liberté des collectivités religieuses, que le Conseil d'Etat avait expressément rattaché à la liberté de culte⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme, tenant compte de la consécration du principe d'autonomie dans la plupart des systèmes juridiques européens, a garanti le principe dans sa jurisprudence (Ière partie), en a précisé le contenu (IIème partie) et fixé le régime de limitation (IIIème partie).

I. La consécration du principe d'autonomie

La consécration du principe d'autonomie s'est faite en plusieurs étapes. Les organes d'application de la Convention ont d'abord assuré de facto une autonomie restreinte en s'abstenant d'intervenir dans des affaires internes aux religions. Puis la Cour a reconnu expressément le bénéfice de l'article 6 de la Convention aux collectivités religieuses, avant de consacrer un principe d'autonomie en tant que tel.

A. L'autonomie assurée par l'abstention des organes d'application de la Convention

L'autonomie des collectivités religieuses n'est pas immédiatement apparue comme un élément de la liberté de religion. Lorsque la défunte commission européenne des droits de l'homme a été saisie d'affaires qui auraient pu lui donner l'occasion d'affirmer le principe d'autonomie, elle a évité de le faire.

De ce fait, la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme est de peu d'utilité aujourd'hui. Elle s'est contentée d'affirmer le principe selon lequel les Etats ne sont pas tenus d'assurer le respect des droits fondamentaux protégés par la Convention européenne

⁴ Jorge MIRANDA, « Eglises et droit du travail au Portugal », in Churches and labour law in the E.C. countries, Les églises et le droit du travail dans les pays de la Communauté européenne, Proceedings of the meeting, Madrid, november 27-28, 1992, Milano, Giuffrè, 1993, p. 198.

⁵ « Le principe de la liberté des cultes ainsi posé s'applique aussi bien aux individus qu'aux collectivités, sous la réserve, pour celles-ci de se constituer en associations culturelles » (CE avis, 25 et 31 octobre 1906, EDCE n°55, 2004, p.417).

des droits de l'homme au sein des collectivités religieuses, car celles-ci ne sont pas débitrices des droits fondamentaux garantis par ladite Convention. La Commission européenne des droits de l'homme l'a mis en avant à plusieurs reprises.

Ainsi, dans sa décision du 8 mars 1976, *X... c. Danemark*, la Commission européenne des droits de l'homme a souligné :

Dans une décision du 8 septembre 1988, *Karlsson c. Suède*, la Commission a rappelé que les Etats ne sont pas tenus d'assurer le respect de la convention dans le cadre des relations intra-religieuses :

« *La Commission rappelle [...] sa jurisprudence constante en vertu de laquelle l'article 9 ne fait pas obligation aux Hautes parties Contractantes d'assurer que les églises relevant de leur juridiction accordent la liberté religieuse à leurs fidèles et prêtres. [...] La liberté de religion ne confère donc pas à un ministre du culte le droit de défendre des conceptions religieuses particulières, dans le cadre d'une église où il exerce ses fonctions ou dont il sollicite un poste* »⁶.

C'est bien peu de chose... même si la portée et la pertinence de cette jurisprudence ne doivent néanmoins pas être sous-estimées. En effet, la jurisprudence de la Commission permettait d'éviter que la Convention européenne des droits de l'homme ne puisse servir de prétexte à l'intervention des autorités publiques dans les affaires internes aux confessions religieuses.

Une affaire belge à rebondissement était assez révélatrice de la façon dont les autorités nationales, sous couvert d'application de la Convention au sein des confessions religieuses, pouvaient porter atteinte à l'autonomie des confessions religieuses. La Cour d'appel de Mons s'était reconnue compétente pour connaître du respect des droits fondamentaux au sein de l'Eglise catholique. Par une lettre du 17 novembre 1990, l'évêque de Tournai avait révoqué le Père B... . La cour d'appel de Mons s'était déclarée compétente pour connaître de cette révocation, considérant que la contestation concerne un droit de caractère civil et elle a entendu vérifier que la procédure de révocation ait respecté les droits de la défense et le principe du contradictoire, garantis par les principes généraux du droit belges et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La cour d'appel de Mons a considéré que « *la révocation litigieuse est une mesure disciplinaire qui sanctionne 'certaines façons d'agir' de C... C... B... de sorte qu'elle ne pouvait être prise qu'au terme d'une procédure équitable* ». Or, tel n'était pas le cas selon la Cour⁷. La Cour de cassation a été saisie de cette affaire. La Cour de cassation, dans son arrêt du 20 octobre 1994 a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Mons. Elle a considéré en effet que « *compte tenu du principe de non-ingérence de l'Etat dans l'organisation interne des cultes énoncé par l'article 21 de la Constitution, la cour d'appel n'avait pas, dès lors, le pouvoir d'apprécier le caractère équitable de la procédure ayant abouti à la décision* » de l'évêque⁸. Mais l'affaire ne s'est pas arrêtée à la décision de la Cour de cassation. En effet, elle a été renvoyée devant la cour d'appel de Liège.

⁶ D 12356/86, *Karlsson c. Suède*, 8 septembre 1988, D.R. 57/178.

⁷ La cour a considéré qu' « il n'apparaît d'aucune pièce du dossier que [le Père B...] ait pu faire entendre sa cause équitablement à propos des faits dont il est question dans la lettre du 17 novembre 1990 ; que contrairement à ce que soutient l'évêque de Tournai, le père B... ne disposait d'aucun recours contre la décision litigieuse, ni sur la base du canon 1718, ni sur celle des canons 1732 à 1739 ; [...] qu'au demeurant, à supposer même qu'un recours existait dans l'organisation interne de l'Eglise, force est de constater qu'à défaut de texte précis qui en prévoyait les formes, la lettre de B... du 18 décembre 1990, citée supra, pouvait être interprétée comme la manifestation de sa volonté d'exercer un recours ; que pourtant, aucune suite n'a été donnée à cette lettre ; qu'il se déduit de l'ensemble des faits de la cause que la décision de l'évêque de Tournai, consignée dans sa lettre du 17 novembre 1990 est une voie de fait dont il échet de faire cesser immédiatement tous les effets » (Mons 7 janvier 1993, décision n°JB10169).

⁸ Cass. 20 octobre 1994, R.C.J.B. 1996, p. 119-129.

La cour de Liège, dans son arrêt du 4 novembre 1997, a réaffirmé que lorsqu'ils prononcent la révocation d'un curé, en tant que mesure de sanction, les évêques doivent mettre en œuvre une procédure respectant les droits de la défense. La cour de Liège a considéré ainsi « *qu'en vertu tant d'un principe général du droit que de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne peut prétendre au respect de son droit de défense et à ce que sa cause soit entendue équitablement lors de l'examen d'une contestation sur ses droits de caractère civil* ». La cour de Liège a considéré donc qu'il y avait violation des droits fondamentaux des droits de la défense et du droit à un procès équitable, garantis par les principes généraux du droit et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a décidé de prononcer la suspension de la peine ecclésiastique, en rétablissant, « *à titre provisoire* », le curé dans ses droits.

La Cour de cassation a été de nouveau saisie. Dans l'arrêt du 3 juin 1999, les juges, siégeant en chambres réunies, ont réaffirmé les principes posés en 1994⁹.

Ce sont justement de telles atteintes à l'autonomie des confessions religieuses sous prétexte d'appliquer la Convention européenne des droits de l'homme que la jurisprudence de la Commission entendait empêcher.

B. La reconnaissance de droits fondamentaux aux collectivités religieuses

La seconde étape dans la reconnaissance de l'autonomie des collectivités religieuses a été la reconnaissance des droits garantis par la Convention.

C'était en quelque sorte le présupposé nécessaire à la consécration de l'autonomie en tant que droit subjectif susceptible d'être revendiqué devant la Cour.

Une affaire grecque a donné lieu à l'affirmation du principe au sujet du droit au recours garanti par l'article 6 de la Convention. Le diocèse catholique de Crète ne bénéficiait pas de la personnalité juridique. Des voisins de l'Eglise de la Canée avait démoli le mur d'enceinte. En première instance ils avaient été condamnés à réparer les dégâts. Mais ensuite, les tribunaux ont considéré que les requêtes du diocèse catholique n'étaient pas recevables car le diocèse n'avait pas la personnalité morale.

La CEDH, elle a admis la requête du diocèse catholique, même s'il n'était pas une personne morale en droit grec et a considéré qu'il y avait violation de l'article 6 de la Convention.¹⁰

Une fois reconnue aux collectivités religieuses la titularité d'un droit garanti par la Convention en l'absence même de personnalité juridique reconnue dans un Etat, il était logique de reconnaître à leur profit les autres droits, et notamment la liberté d'association garantie par l'article 11 de la Convention.

⁹ Ils ont souligné que « du culte, et, d'autre part, que la discipline et la juridiction ecclésiastiques ne peuvent l'article 21 de la Constitution dispose que l'Etat n'a le droit d'intervenir ni dans la nomination ni dans la révocation des ministres d'un culte quelconque ; que du principe ainsi affirmé de l'autonomie organisationnelle de chaque confession, il se déduit, d'une part, que la nomination et la révocation des ministres d'un culte ne peuvent être décidées que par l'autorité religieuse compétente, conformément aux règles s'exercer sur ces ministres du culte que par la même autorité et conformément aux mêmes règles ». La Cour de cassation en déduisait qu'en vertu de ce principe constitutionnel « il n'était pas au pouvoir de la cour d'appel, même siégeant en référé, d'ordonner le maintien [d'un ministre du culte] dans sa charge pastorale » (Cass. 3 juin 1999, n°JC99631).

¹⁰ CEDH 16 décembre 1997, *Eglise de La Canée c. Grèce*, n°25528/94.

C. L'arrêt Hassan et Tchaouch

C'est dans son arrêt de Grande Chambre du 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, que la Cour a consacré l'autonomie des collectivités religieuses en tant qu'élément de l'article 9 :

« La Cour rappelle que les communautés religieuses existent traditionnellement et universellement sous la forme de structures organisées. Elles respectent des règles que les adeptes considèrent souvent comme étant d'origine divine. Les cérémonies religieuses ont une signification et une valeur sacrée pour les fidèles lorsqu'elles sont célébrées par des ministres du culte qui y sont habilités en vertu de ces règles. La personnalité de ces derniers est assurément importante pour tout membre actif de la communauté. La participation à la vie de la communauté est donc une manifestation de la religion, qui jouit de la protection de l'article 9 de la Convention.

*« Lorsque l'organisation de la communauté religieuse est en cause, l'article 9 doit s'interpréter à la lumière de l'article 11 de la Convention qui protège la vie associative contre toute ingérence injustifiée de l'Etat. Vu sous cet angle, le droit des fidèles à la liberté de religion suppose que la communauté **puisse fonctionner paisiblement, sans ingérence arbitraire de l'Etat**. En effet, l'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se trouve donc au cœur même de la protection offerte par l'article 9. Elle présente un intérêt direct non seulement pour l'organisation de la communauté en tant que telle mais aussi pour la jouissance effective par l'ensemble de ses membres actifs du droit à la liberté de religion. Si l'organisation de la vie de la communauté n'était pas protégée par l'article 9 de la Convention, tous les autres aspects de la liberté de religion de l'individu s'en trouveraient fragilisés »¹¹.*

On notera que c'est en s'appuyant sur le rapport entre l'article 9 et l'article 11 que la Cour fait émerger le principe d'autonomie, la Cour interprétant l'article 9 « à la lumière de l'article 11 de la Convention qui protège la vie associative contre toute ingérence injustifiée de l'Etat »¹²

II. Le contenu du principe d'autonomie

La Cour a détaillé le contenu du principe d'autonomie des collectivités religieuses, qui comporte en particulier le droit d'exister en tant que groupement et le droit de se régir par ses propres normes.

¹¹ CEDH Grande Chambre, 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, req. n°30985/96) RTDE 2001, p. 185, §62.

¹² *Ibid.*

A. Le droit d'exister en tant que groupement

Dans arrêt du 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, la Cour envisageait la reconnaissance et le fonctionnement libre des confessions religieuses en des termes assez clairs, en affirmant que « *le droit des fidèles à la liberté de religion suppose que la communauté puisse fonctionner paisiblement, sans ingérence arbitraire de l'Etat* »¹³.

Reconnaître le droit des collectivités religieuses de fonctionner paisiblement n'implique pas en tant que tel d'obligation à la charge de l'Etat. La formule retenue par la Cour ne signifie pas que celle-ci impose à l'Etat de donner un statut civil précis à une collectivité religieuse donnée.

Au contraire, à l'époque même où la Cour a reconnu l'autonomie des collectivités religieuses, elle est venue insister sur la liberté qu'il fallait laisser à l'Etat pour fixer le statut des confessions religieuses. Dans l'arrêt du 27 juin 2000 *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* la Cour avait souligné qu'il faut laisser une marge d'appréciation à chaque Etat « *pour ce qui est de l'établissement des délicats rapports entre l'Etat et les religions* »¹⁴.

Néanmoins, la Cour considère que lorsqu'il existe un statut spécifique pour les groupements religieux, le refus de l'Etat d'accorder ce statut est susceptible de constituer une violation de l'article 9 de la Convention si ce statut est nécessaire pour le groupement religieux puisse fonctionner.

Saisie d'un refus d'enregistrement opposé par l'administration moldave, la Cour a ainsi affirmé dans l'arrêt *Eglise métropolitaine de Bessarabie* qu'elle doit « *rechercher s'il y a eu ingérence dans le droit des requérants à la liberté de religion en raison du refus de reconnaître l'Eglise requérante* »¹⁵. Elle a examiné précisément les faits pour conclure à l'ingérence dans la liberté religieuse :

« 105. La Cour relève que, selon la loi moldave du 24 mars 1992 sur les cultes, seuls peuvent être pratiqués les cultes reconnus par décision du gouvernement.

En l'espèce, la Cour note que, n'étant pas reconnue, l'Eglise requérante ne peut pas déployer son activité. En particulier, ses prêtres ne peuvent pas officier, ses membres ne peuvent pas se réunir pour pratiquer leur religion et, étant dépourvue de personnalité morale, elle ne peut pas bénéficier de la protection juridictionnelle de son patrimoine.

Dès lors, la Cour estime que le refus du Gouvernement de reconnaître l'Eglise requérante, confirmé par la décision de la Cour suprême de justice du 9 décembre 1997, constitue une ingérence dans le droit de cette Eglise et des autres requérants à la liberté de religion, telle que garantie par l'article 9 § 1 de la Convention. »

Ensuite, ayant constaté l'ingérence, elle s'est prononcée sur la légitimité de l'ingérence au regard des exigences de l'article 9 § 2, pour conclure finalement, que « *le refus de reconnaître l'Eglise requérante a de telles conséquences sur la liberté religieuse des requérants qu'il ne saurait passer pour proportionné au but légitime poursuivi ni, partant,*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ CEDH Grande Chambre, 27 juin 2000 *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, req. n°22410, REDH 2001, p. 191.

¹⁵ CEDH Première Section, 13 décembre 2001, *Eglise métropolitaine de Bessarabie*, Req. n°45701/99, *Conscience et liberté*, n°63, 2002, p. 68-75, note Claudia ADEOUSSI, § 102.

pour nécessaire dans une société démocratique et qu'il y a eu violation de l'article 9 de la Convention. »¹⁶

Cette démarche jurisprudentielle a été mise en application par la Cour dans plusieurs décisions concernant la Russie, par exemple au sujet du statut de l'Armée du Salut¹⁷ ou de celui de l'Eglise de Scientologie.¹⁸

B. Le droit de se régir par ses propres normes

L'existence de normes internes aux collectivités religieuses est déjà soulignée dans l'arrêt *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, qui note « *La Cour rappelle que les communautés religieuses existent traditionnellement et universellement sous la forme de structures organisées. Elles respectent des règles que les adeptes considèrent souvent comme étant d'origine divine.* »¹⁹

La Cour admet la nécessité que soit assurée une certaine effectivité de ces normes. Elle avait entendu dès 2004 assurer la liberté de choix des ministres et des responsables religieux, en condamnant dans l'arrêt *Haut conseil spirituel de la communauté musulmane c. Bulgarie* l'Etat bulgare qui avait fait obstacle au libre choix du mufti. La Cour avait alors affirmé :

*« In democratic societies, the State did not need in principle to take measures to ensure that religious communities remained or were brought under a unified leadership. The role of the authorities in a situation of conflict between or within religious groups was not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerated each other ».*²⁰

La Cour a ensuite reconnu que les collectivités religieuses peuvent prendre des mesures de sanctions, voire d'exclusion contre leurs ministres ou contre leurs membres. Dans l'arrêt *Fernandez-Martinez c. Espagne* du 15 mai 2012 (actuellement frappé de renvoi devant la Grande Chambre), la Cour affirmait :

*« le principe d'autonomie religieuse interdit à l'État d'obliger une communauté religieuse à admettre ou exclure un individu ou à lui confier une responsabilité religieuse quelconque. »*²¹

Dans cet arrêt, la Cour a refusé de censurer le non-renouvellement par un évêque du contrat d'un prêtre-enseignant qui militait contre le célibat ecclésiastique.

Dans l'arrêt *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, la Grande Chambre a été dans le même sens, en affirmant que :

*« Le principe d'autonomie interdit à l'Etat d'obliger une communauté religieuse à admettre en son sein de nouveaux membres ou d'en exclure d'autres »*²²

Cette protection de l'autonomie va de paire avec la réserve de la Cour quant aux dissidences religieuses. La Cour affirme depuis l'arrêt *Miroļubovs et Autres c. Lettonie* de 2009 :

¹⁶ *Ibid.*, §130

¹⁷ CEDH 1^{ère} section 6 octobre 2006, *Bureau russe de l'Armée du Salut c. Russie*, req. n°72881/01.

¹⁸ CEDH 1^{er} section 5 avril 2007, *Eglise de Scientologie c. Russie*, req. n°18147/02.

¹⁹ CEDH Grande Chambre, 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, préc.

²⁰ CEDH 1^{ère} section, 16 décembre 2004, *Haut conseil spirituel de la communauté musulmane c. Bulgarie*, req. n°39023/97.

²¹ CEDH 3^{ème} section 15 mai 2012, *Fernandez-Martinez c. Espagne*, req. n° 56030/07, §80

²² CEDH Grande Chambre, 9 juillet 2013, *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, req. n°2330/09, §137

« L'article 9 de la Convention ne garantit aucun droit à la dissidence à l'intérieur d'un organisme religieux ; en cas de désaccord doctrinal ou organisationnel entre une communauté religieuse et son membre, la liberté de religion de ce dernier s'exerce par la faculté de quitter librement la communauté en question »²³.

La formule est devenue classique²⁴. Elle signifie que la Cour n'entend pas favoriser au sein des collectivités religieuses des tendances à la scission. Les groupes religieux existent avec leurs doctrines et leurs règles internes et la Cour n'est pas là pour donner une légitimité aux dissidences.

III. Les limites de l'autonomie des collectivités religieuses

La Cour a précisé quelles sont les modalités de limite de l'autonomie des collectivités religieuses, en insistant sur la marge d'appréciation des Etats, et en envisageant un cas de limitation dans l'hypothèse où l'Etat donne l'exequatur à des décisions de juridictions religieuses.

A. La marge d'appréciation de l'Etat

La principale limite à l'autonomie des collectivités religieuses vient du développement important qu'a pris la marge d'appréciation des Etats en matière religieuse. Depuis l'arrêt du 27 juin 2000 *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* la Cour souligne qu'il faut laisser une marge d'appréciation à chaque Etat *« pour ce qui est de l'établissement des délicats rapports entre l'Etat et les religions »²⁵.*

C'est en invoquant la marge d'appréciation des Etats que la Cour s'est abstenu de sanctionner les ingérences dans la liberté religieuse que constituaient l'interdiction du voile islamique à l'Université en Turquie²⁶ ou le crucifix dans les écoles publiques italiennes²⁷.

S'agissant de l'autonomie des collectivités religieuses, la Cour a également affirmé dans *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie* que l'Etat devait disposer d'une marge d'appréciation :

« 138. lorsque se trouvent en jeu des questions relatives aux rapports entre l'Etat et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (Leyla Şahin c. Turquie [GC], no [44774/98](#), § 109, CEDH 2005 - XI). C'est le cas notamment lorsqu'il existe, dans la pratique des Etats européens, une grande variété de modèles constitutionnels régissant les relations entre l'Etat et les cultes. »

La Cour a même ajouté :

« 171. la Cour prend note de la grande variété des modèles constitutionnels qui régissent en Europe les relations entre les Etats et les cultes. Compte tenu de

²³ CEDH, 15 Septembre 2009, *Affaire Miroļubovs et Autres c. Lettonie*, req. n° 798/05.

²⁴ Voir CEDH Grande Chambre, 9 juillet 2013, *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, préc., §137.

²⁵ CEDH Grande Chambre, 27 juin 2000 *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*.

²⁶ CEDH Grande Chambre 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, req. n° 44774/98,

²⁷ CEDH Grande Chambre 18 mars 2011, *Lautsi c. Italie*, req. n°30814/06.

l'absence de consensus européen sur la question (paragraphe 61 ci-dessus), elle estime que la marge d'appréciation de l'Etat est plus large dans ce domaine et englobe le droit de reconnaître ou non, au sein des communautés religieuses, des organisations syndicales poursuivant des buts susceptibles d'entraver l'exercice de l'autonomie des cultes. »

Comme, justement, ce qui était contesté devant elle était la prohibition de syndicats ecclésiastiques par la Roumanie, la Cour a réglé le problème qui lui était soumis en ne condamnant pas la Roumanie.

Finalement, le développement de la marge d'appréciation aboutit à laisser à l'Etat une très grande possibilité de limiter l'autonomie des collectivités religieuses. Cette liberté de l'Etat est sans doute la solution la plus opportune, qui permet de tenir compte de la diversité des situations nationales, sans imposer une approche des relations Eglises-Etat qui paraîtrait trop éloignée des spécificités locales. Le risque est évidemment de ne plus censurer que les violations les plus graves.

B. L'exequatur des décisions ecclésiastiques

Une autre limite à l'autonomie des collectivités religieuses découle de la tendance de la Cour à étendre le champ d'application de la Convention hors du strict champ des parties à la Convention. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer sur la conformité à la Convention des procédures ecclésiastiques matrimoniales impliquant les juridictions du Saint-Siège, alors que le Saint-Siège n'est pas partie à la Convention européenne des droits de l'homme, l'Eglise catholique n'y est donc pas soumise en tant que telle

Dans son arrêt *Pellegrini* du 20 juillet 2001²⁸, la Cour a en effet considéré que les juridictions de l'Etat italien, qui, en application des dispositions concordataires, se prononcent sur l'exequatur à accorder à une décision des juridictions ecclésiastiques déclarant la nullité d'un mariage doivent, avant de donner l'exequatur, vérifier « *que la procédure [écclésiastique] remplissait les garanties de l'article 6 ; un tel contrôle s'impose, en effet, lorsque la décision dont on demande l'exequatur émane des juridictions d'un pays qui n'applique pas la Convention. Pareil contrôle est d'autant plus nécessaire lorsque l'enjeu de l'exequatur pour les parties est capital* ».

Comme le souligne Jean-Paul Costa, cela revient « à dire qu'un Etat partie à la Convention ne peut, sans méconnaître les règles du procès équitable, accorder à un jugement étranger l'exequatur, c'est-à-dire le rendre exécutoire sur son territoire, sans avoir vérifié que ce jugement avait lui-même été rendu au terme d'un procès équitable. L'ordre européen des droits de l'homme implique donc, selon la Cour, un contrôle par les Etats parties de la vérification de la régularité de la procédure suivie dans l'Etat tiers, au regard des exigences de la Convention »²⁹. Certes, formellement, ce ne sont pas les tribunaux de l'Eglise catholique qui sont l'objet de la décision de la Cour et ils ne peuvent pas l'être, car le Saint-Siège n'est pas partie à la Convention. Mais, en dernière analyse, « ce sont bien les imperfections au

²⁸ CEDH 2^{ème} section, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, req. n° 30882/96, Revue de Droit canonique 2001, p. 127-161, note Edoardo DIENI.

²⁹ Jean-Paul COSTA, « Le Tribunal de la Rote et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », REDH 2002, p. 472.

regard de l'article 6 de la procédure suivie devant les tribunaux canoniques qui rendent la République italienne coupable de violation de cet article »³⁰.

La Cour européenne des droits de l'homme a constaté que la procédure ecclésiastique suivie dans l'affaire *Pellegrini* n'avait pas respecté les garanties de procédure de l'article 6 de la Convention. Elle en a déduit que l'Italie, en donnant l'*exequatur* à une telle sentence ecclésiastique, avait violé la Convention³¹.

On a pu craindre que toute décision religieuse qui produirait un effet dans la sphère civile, à la suite d'une intervention de la puissance publique, comme par exemple une décision de révocation ou de transfert de ministre du culte qui devrait, pour produire ses effets, être transcrite par l'administration (c'est le cas par exemple en Alsace-Moselle), ne se trouve soumise à l'obligation de respecter la Convention. Mais, l'arrêt *Pellegrini c. Italie* n'a heureusement pas été étendu par la Cour hors du domaine qu'il concernait, à savoir l'*exequatur* des décisions juridictionnelles rendues par des tribunaux religieux, mécanisme qui d'ailleurs, en Europe, ne concerne que des décisions rendues en matière matrimoniale par des tribunaux de l'Eglise catholique dans peu d'Etats (Italie, Espagne et Portugal).

³⁰ *Ibid.*, p. 474.

³¹ CEDH 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, préc.

Lutte contre les dérives sectaires et respect de la CEDH : quels équilibres ?

Kiara NERI *Maître de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3, rattachée au Centre de droit international*

et

Anna Maria SMOLINSKA, *Docteur en droit international et relations internationales, enseignant-chercheur à l'Université Jean Moulin Lyon 3 et à l'Université catholique de Lyon*

Les grands drames qui ont secoués les années 1990¹ ont révélé la dangerosité de certains mouvements dits sectaires. Les suicides collectifs des membres de la secte des Davidsoniens² ou du Temple solaire³ ou encore les attentats perpétrés par la secte Aoum en 1995⁴ sont autant d'événements dramatiques qui ont conduits les gouvernements à prendre en considération le phénomène des dérives sectaires, avec plus ou moins de force⁵.

Les actions et politiques menées par les Etats membres du Conseil de l'Europe ont peu à peu conduit la Cour européenne des droits de l'homme à se pencher sur ce phénomène des dérives sectaires. Elle a alors eu à se prononcer sur des affaires mettant en cause des groupes prônant le clonage⁶ ; la soumission de mineurs à des jeûnes, à des punitions corporelles ou à des privations de sommeil⁷ ou encore des affaires concernant un processus de « déprogrammation » des personnes membres d'une secte avec l'aide des autorités⁸.

Le phénomène sectaire est assez mal connu et difficile à cerner. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a même refusé de le définir⁹. La recommandation 1412 de 1999 prévoit en effet qu'« il n'est pas nécessaire de définir ce que sont les sectes, ni de décider si elles sont ou ne sont pas une religion. Cependant, les groupes désignés sous ce nom suscitent une certaine inquiétude, qu'ils se décrivent comme religieux, ésotériques ou spirituels »¹⁰.

S'il n'est pas nécessaire de définir les sectes, il est utile d'une part d'en identifier les éléments constitutifs, et d'autre part de préciser les liens qu'elles entretiennent avec les religions.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a tenté d'apporter certains éléments d'identification des mouvements dits sectaires¹¹, en prenant largement appui sur le droit interne de certain de ses Etats membres, au premier rang desquels la France.

Quatre critères ont en effet été mis en avant par le Conseil d'Etat français pour permettre de reconnaître un mouvement considéré comme sectaire : « i. l'organisation d'une coupure entre

¹ Les faits antérieurs aux années 1990 sont rares mais pas inexistant à l'instar du suicide collectif des 923 membres du Temple du Peuple au Guyana en 1978.

² 88 morts à Waco au Texas le 19 avril 1993.

³ 53 morts en Suisse et au Canada le 4 octobre 1994.

⁴ 11 morts et 5.000 blessés dans l'attentat au gaz perpétré dans le métro de Tokyo par la secte Aoum le 5 mars 1995.

⁵ Si la lutte contre les sectes a pu être un enjeu important en France par exemple, d'autres Etats les tolèrent de manière beaucoup plus large, comme les Etats unis où aucun jugement n'est porté sur les nouveaux mouvements religieux en l'absence d'infraction aux lois.

⁶ Cour EDH, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, 13 juillet 2012, req. No 16354/06.

⁷ Cour EDH, *Schmidt c. France*, 26 juillet 2007, req. No 35109/02.

⁸ Cour EDH, *Riera Blume et autres c. Espagne*, 14 octobre 1999, req. No 37680/97, §29.

⁹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, recommandation 1412 du 22 juin 1999, §5.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Voy. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe 29 novembre 1991, *Rapport sur les sectes et les nouveaux mouvements religieux*, rapporteur, Sir John Hunt, doc 6535.

les membres du groupe et leur famille, leur milieu de travail et la société en général ; ii. la présentation d'une explication exhaustive du monde ; iii. la pression psychique et physique sur ses membres pour mieux les enrôler et les contrôler et diminuer leur autonomie de jugement ; iv. la captation par les animateurs de tout ou partie du patrimoine des adhérents »¹².

Quant aux liens entre secte et religion, force est de constater que les deux notions sont proches et entremêlées et qu'il est parfois difficile de discerner ce qui relève de l'une ou l'autre catégorie. L'on remarque en effet un chevauchement des deux notions qui, parfois, se confondent. Par exemple le *Dictionnaire Larousse* définit l'une par rapport à l'autre en énonçant qu'« [u]ne secte est un groupement religieux clos sur lui-même et crée en opposition à des idées et des pratiques religieuses dominantes »¹³. Les groupes identifiés comme sectaires par les autorités nationales revendiquent de manière quasi systématique l'appellation de religion, ainsi que le relève le rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 29 novembre 1991. Il note à cet égard que les mouvements sectaires eux-mêmes « récusent pour la plupart cette appellation qui a acquis une connotation péjorative et lui préfèrent celle de “nouveaux mouvements religieux” voir de “religion” »¹⁴. L'étymologie du terme secte qui vient du latin *sequi*, suivre ou *secare*, couper, segmenter, implique qu'elles pourraient en réalité être le visage négatif d'une croyance par ailleurs respectable, le fruit d'une dérive¹⁵.

La distinction entre secte et religion est rendue encore plus délicate par l'absence de définition juridique de la religion. Toutefois, malgré l'absence de définition précise certains éléments constitutifs ont pu être avancés : un critère objectif - existence d'une communauté, et un critère subjectif - la foi¹⁶. Si l'on compare ces éléments avec ceux avancés pour identifier un mouvement sectaire, « [f]orce est de reconnaître que certains éléments constitutifs de la religion se retrouvent dans les tentatives de définition de la secte, et certains, qui ont le goût de la formule, n'hésitent pas à dire que les religions sont des sectes qui ont réussi »¹⁷.

In fine, l'absence de définition claire n'est pas en soi problématique puisque ce n'est que contre les dérives sectaires que les Etats membres du Conseil de l'Europe entendent lutter¹⁸. Le terme de « dérives sectaires » ne bénéficie pas non plus d'une définition juridique, mais ce qui est qualifié de « dérive » se conçoit plus aisément. Ainsi, les dérives seraient les abus présentant un danger pour l'individu ou pour la société. Plus précisément, il s'agit de « [t]ous

¹² Conseil d'Etat, Rapport 2004, *Un siècle de laïcité*, La Documentation française, Paris 2004 p. 384. L'Assemblée nationale, de son côté, identifie une série de critères assez similaires. Parmi les indices permettant de supposer l'éventuelle réalité de soupçons conduisant à qualifier de secte un mouvement se présentant comme religieux, elle a retenu, faisant siens les critères utilisés par les Renseignements généraux dans les analyses du phénomène sectaire auxquelles procède ce service et qui ont été portées à la connaissance de la Commission : - la déstabilisation mentale ; - le caractère exorbitant des exigences financières ; - la rupture induite avec l'environnement d'origine ; - les atteintes à l'intégrité physique ; - l'embrigadement des enfants ; - le discours plus ou moins anti-social ; - les troubles à l'ordre public ; - l'importance des démêlés judiciaires ; - l'éventuel détournement des circuits économiques traditionnels ; - les tentatives d'infiltration des pouvoirs publics », Assemblée nationale, Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur les sectes, M. Alain Gest, M. Jacques Guyard, 22 décembre 1995, N° 2468.

¹³ Larousse en ligne, consulté le 1^{er} septembre 2013.

¹⁴ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe 29 novembre 1991, Rapport sur les sectes et les nouveaux mouvements religieux, rapporteur, Sir John Hunt, doc 6535.

¹⁵ Conseil d'Etat, Rapport 2004, *Un siècle de laïcité*, préc., p. 384. Toutefois, cette hypothèse ne se vérifie pas systématiquement, certains mouvements peuvent aussi, dès l'origine, se présenter comme des sectes.

¹⁶ Définition du Professeur Jacques Robert lors du séminaire consacré aux nouveaux mouvements religieux, Parme du 9 au 11 mai 1988, cité par le Rapport sur les sectes et les nouveaux mouvements religieux, préc., § 4.

¹⁷ Rapport sur les sectes et les nouveaux mouvements religieux, préc. § 4.

¹⁸ Par exemple, En France, la loi du 12 juin 2001 a instauré une infraction pénale visant à réprimer l'abus frauduleux par les mouvements sectaires de l'état d'ignorance ou de situation de faiblesse. Loi du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires pourtant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. Article 223-15-2 du code pénal.

les agissements qui sont attentatoires aux droits de l'homme et libertés fondamentales, qui constituent une menace à l'ordre public, ou encore qui sont contraires aux lois et aux règlements, commis dans le cadre particulier de l'emprise mentale »¹⁹.

La problématique des dérives sectaires se place dans le cadre plus large de la liberté de conscience et de religion et de ses limites, consacrées par l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette liberté figure également dans le droit interne des Etats membres du Conseil de l'Europe, notamment au sein de leur droit constitutionnel. En général, les constitutions des Etats membres du Conseil de l'Europe ne font pas directement référence aux mouvements sectaires, mais protègent en effet, de manière large la liberté de conscience et de religion²⁰.

Certains Etats vont un peu plus loin et prévoient déjà au sein du texte constitutionnel des limites à l'exercice de cette liberté. Par exemple, l'article 37 la constitution bulgare du 12 juillet 1991 est ainsi rédigé : « [I]a liberté de conscience et des cultes ne peut être dirigée contre la sécurité nationale, l'ordre public, la santé publique et la morale ou contre les droits et les libertés des autres citoyens ». L'on citera dans le même sens l'article 44 de la Constitution serbe²¹ et l'article 11§2 de la Constitution d'Andorre²².

D'autres Constitutions, plus rares, constituent une base intéressante pour le régime juridique des sectes. Dans deux sens opposés, l'Azerbaïdjan et de la Turquie se sont dotés de dispositions constitutionnelles notables. La Constitution turque prévoit dans son article 14§1 qu'« [a]ucun des droits et libertés mentionnés dans la Constitution ne peut être exercé dans le but [...] d'établir une discrimination fondée sur la langue, la race, la religion ou la secte religieuse », conférant aux sectes dérivées de la religion musulmane une protection constitutionnelle. Au contraire, la Constitution de l'Azerbaïdjan prohibe la diffusion et la propagande des religions qui humilient la dignité humaine et contreviennent aux principes d'humanité²³, conférant une assise constitutionnelle à la lutte contre les dérives sectaires.

Sans adopter une position trop tranchée, le Conseil de l'Europe estime que la liberté de conscience et de religion garantie par l'article 9 de la Convention européenne des Droits de l'Homme « rend inopportun le recours à une législation majeure pour les sectes, qui risquerait de porter atteinte à ce droit fondamental et aux religions traditionnelles »²⁴. Il prône néanmoins l'adoption par les Etats membres de mesures éducatives et législatives pour faire

¹⁹ Mission française interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires, www.derives-sectes.gouv.fr. La MIVILUDES a établi un faisceau d'indices permettant d'identifier un risque de dérives sectaires : la déstabilisation mentale, le caractère exorbitant des exigences financières, la rupture avec l'environnement d'origine, l'existence d'atteintes à l'intégrité physique, l'embrigadement des enfants, le discours antisocial, les troubles à l'ordre public, l'importances des démêlés judiciaires, l'éventuel détournement des circuits économiques traditionnels et, enfin, les tentatives d'infiltration des pouvoirs publics.

²⁰ Voy. Par exemple l'article de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui énonce : « [n]ul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

²¹ « Constitutional Court may ban a religious community only if its activities in fringe the right to life, right to mental and physical health, the rights of child, right to personal and family integrity, public safety and order, or if it incites religious, national or racial intolerance », Constitution du 30 septembre 2006.

²² « La liberté de manifester sa religion ou ses croyances est soumise aux seules limitations, établies par la loi, qui sont nécessaires pour préserver la sûreté, l'ordre public, la santé ou la morale publiques, ou pour préserver les droits et les libertés fondamentales des autres personnes » Constitution du 2 février 1993.

²³ « The spread and propaganda of religions which humiliate human dignity and contradict the principles of humanity shall be banned. The State education system shall be of secular character », 12 novembre 1995.

²⁴ Le Conseil de l'Europe, dans sa Recommandation 1178 (1992) relative aux sectes et aux nouveaux mouvements religieux, §5.

face aux problèmes posés par certaines activités de sectes ou de nouveaux mouvements religieux²⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme considère alors que la lutte contre les dérives sectaires est compatible avec la Convention européenne (I), mais qu'elle est enserrée dans des limites strictes formée par des droits fondamentaux (II).

I- La lutte contre les dérives sectaires dans le cadre de la CEDH

Désormais la Cour EDH n'hésite pas à aborder la question de la lutte contre les dérives sectaires et à tracer, sur le fond de l'article 9, un chemin bordé de la lutte contre ces dérives.

C'est en effet sans surprise que l'équilibre recherché aura pour toile de fond la liberté de religion. L'ancien président de la Cour, M. Jean-Paul Costa résume bien la problématique dont s'agit :

« Autant il faudra que la Cour continue de protéger efficacement la liberté de conscience et le pluralisme religieux, autant il lui faudra certainement se pencher sur les abus commis au nom de la religion (au sens le plus noble du terme), ou de pseudo-religions qui ne revêtent le manteau religieux que pour déployer plus tranquillement des activités nocives, voire abominables. De même que la liberté d'association ne doit pas servir à protéger les associations de malfaiteurs, de même la liberté religieuse ne doit pas assurer l'impunité aux coupables d'agissements délictueux ou criminels menés au nom de cette liberté »²⁶.

La lutte contre les sectes est un but légitime, dit et rappelle la Cour européenne des droits de l'Homme²⁷. Elle le fait parfois, alors même qu'elle « n'est pas appelée à juger de la légitimité de la lutte menée contre certains mouvements qualifiés de "secte" »²⁸. Dans l'arrêt *Paturel*, auquel il est fait référence, « la Cour note [cependant] d'emblée que le débat touchant aux organisations qualifiées de "sectes" est d'intérêt général »²⁹. C'est accepter que les Etats développent des politiques de lutte et de prévention en la matière.

Par quels moyens la Cour est-elle arrivée à délivrer une telle « autorisation » alors même que l'article 9 de la Convention prévoit la liberté religieuse, un droit qui implique la possibilité de choisir, justement, librement sa religion³⁰ et, de surcroît, celle de la manifester, par les pratiques et accomplissement des rites³¹, voire même de chercher à convaincre d'autres de l'adopter ?

²⁵ *Ibid.*, §6.

²⁶ Cité par le Rapport de la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES) au Premier ministre de 2007, disponible sur http://www.miviludes.gouv.fr/sites/default/files/publications/francais/Rapport_Miviludes_2007.pdf (consulté le 1^{er} septembre 2013), pp. 23-24.

²⁷ Cour EDH, *Paturel c/ France*, 22 décembre 2005, requête n° 54968/00.

²⁸ *Ibid.*, § 31.

²⁹ *Ibid.*, § 32.

³⁰ Convention européenne des droits de l'homme, article 9 : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

³¹ Cour EDH, *Kokkinakis c/ Grèce*, 25 mai 1993, requête n° 14307/88, § 31.

La Cour fonde son raisonnement principalement sur deux arguments. D'une part, les Etats peuvent, lutter contre les mouvements sectaires lorsque ceux-ci ne relèvent pas de la liberté religieuse et donc, ne peuvent prétendre à une protection au titre de l'article 9 de la Convention (A). D'autre part, ils peuvent également le faire lorsque ces mouvements, quand bien même protégés par l'article 9, portent atteinte à d'autres droits et libertés protégés par la Convention et relèvent de ce qui est communément appelé « les dérives sectaires » (B).

C'est donc dans une véritable recherche d'équilibre entre différents droits issus de la Convention que s'inscrit l'acquiescement de la Cour à la lutte contre certains mouvements sectaires ou certains de leurs agissements.

A- La lutte contre les mouvements non-religieux, non protégés par l'article 9

La première difficulté à laquelle se heurte la Cour dans sa recherche d'approche équilibrée, est l'absence de définition juridique de secte³².

Si certaines juridictions internes ont pu avoir des positions très tranchées en estimant, par exemple, que « la notion de secte est exclusive de celle de religion »³³, la Cour européenne reste beaucoup plus prudente dans sa démarche, ce qui par ailleurs enlève de la clarté à son raisonnement. Sans avoir une position tranchée, la Cour a pu cependant, dans certaines affaires, s'interroger sur le caractère religieux d'un mouvement.

Il en a été ainsi dans l'affaire *Manoussakis contre Grèce*³⁴. Dans cette affaire la Cour précise que les Etats « disposent du pouvoir de contrôler si un mouvement ou une association poursuit, à des fins prétendument religieuses, des activités nuisibles à la population ou la sécurité publique »³⁵. Toutefois, dans l'affaire citée, la Cour poursuit son raisonnement dans le cadre de l'article 9, les Témoins de Jéhova dont s'agissait en l'espèce étant une « religion connue » en Grèce. Le constat des agissements prétendument religieux n'a donc pas conduit le juge à denier à une secte le caractère religieux.

Le même raisonnement fût retenu par la Cour européenne dans l'affaire *Eglise métropolitaine de Bessarabie contre Moldavie*³⁶.

Dans la lignée de la pensée du Doyen Carbonnier³⁷, le juge français³⁸, lorsqu'il s'interroge sur le caractère cultuel d'une association, vérifie principalement deux conditions : l'existence d'une communauté et l'existence d'un culte³⁹. A ces deux éléments s'ajoute un troisième critère : l'exercice du culte comme objet exclusif de l'association⁴⁰. Une atténuation de cette dernière condition permet cependant des activités qui « se rattachent directement à l'exercice du culte et présentent un caractère strictement accessoire »⁴¹.

³² Voir *supra*.

³³ CA de Paris, 25 mars 1996, Juris-Data, n° 020719.

³⁴ Voy. les commentaires relatifs à cette affaire, notamment, L. BURGORGUE LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 1997, pp. 390 s. ou G. GONZALEZ, « Les entraves à l'ouverture de "maisons de prières" en Grèce », *RTDH*, 1997/31, pp. 536 s.

³⁵ Cour EDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis et a. c. /Grèce*, Requête n° 18748/91, § 40.

³⁶ Cour EDH, 13 décembre 2001, *Eglise métropolitaine de Bessarabie c. /Moldavie*, requête n° 45701/99.

³⁷ Voir *Recueil Dalloz* 1969, note sous jurisprudence, p. 366.

³⁸ Sur cette question voir C. LECLERC, « Le statut d'association cultuelle et les sectes », *RFDA*, 2005, pp. 565 s.

³⁹ Voy. par exemple la jurisprudence de la Cour d'appel de Lyon par rapport à l'Eglise de scientologie : CA Lyon, 28 juillet 1997.

⁴⁰ Voy. notamment CE, Assemblée, avis n° 18712224 octobre 1997.

⁴¹ Voy. CE, Sect., avis n° 23460490, 14 novembre 1989.

Dans d'autres Etats européens les juges ont même pu se demander si tel ou tel mouvement était ou non une religion.

Ainsi en Italie, dans une affaire relative à l'église de scientologie, la Cour d'appel de Milan, après avoir vu son premier arrêt infirmé par la Cour suprême, a été amenée à se demander, d'une part si un accord avec l'Etat ou autre forme de reconnaissance publique donne au mouvement la qualité de religion et, d'autre part, si celui-ci est constitué « autour de l'existence d'un être suprême, en relation avec les hommes et qui lui doivent obéissance »⁴². La justice italienne a refusé la qualité de religion à l'église de scientologie en estimant que « l'utilisation par ce mouvement d'une terminologie et de symboles religieux constituaient de simples expédients utilisés dans le seul but d'obtenir les avantages matériels réservés aux groupes religieux »⁴³.

Quant à la Cour européenne des droits de l'Homme, quel est le raisonnement qui lui permet de conclure au caractère pseudo-religieux d'un mouvement sectaire ? Reprend-elle telle ou telle tendance nationale ?

Il convient de souligner au préalable que la Cour ne pourra retenir un raisonnement proche de celui de la justice italienne pour la simple raison que la liberté religieuse, telle que protégée par la CEDH, n'est pas en lien avec la notion de religion mais plutôt celle de culte, les convictions philosophiques étant également protégées par l'article 9⁴⁴, comme rappelé dans l'arrêt *Kokkinakis*⁴⁵.

Le raisonnement de la Cour EDH est donc plus proche de celui du juge français, mais avec des nuances qui lui sont propres. En effet, comme l'a rappelé la Cour de cassation, le juge français n'a pas à se prononcer sur le caractère religieux ou non d'un mouvement⁴⁶.

Pour le juge de Strasbourg, contrairement à ce que pourrait laisser croire la formulation quelque peu ambiguë des arrêts *Manoussakis* ou *Eglise métropolitaine de Bessarabie* (terme « prétendument religieux »), la recherche du caractère religieux est *in fine* sans intérêt. Ce que le juge recherche en revanche, c'est la validité et la véracité de la raison pour laquelle un mouvement revendique une liberté de culte.

Une telle démarche est complexe est assez tortueuse. Rechercher si un mouvement est « prétendument religieux » ou, pourrait-on extrapoler, prétendument philosophique reviendrait à se prononcer sur ce qui se passe dans le for intérieur des protagonistes et donc porter atteinte à leur liberté de conscience et de pensée. Le seul cas où une telle appréciation de la Cour paraît envisageable serait celui où la volonté d'escroquerie sur le caractère religieux du mouvement ou de certaines de ses activités serait d'une manière ou d'une autre, avérée.

Face à ces difficultés, le procédé décrit, qui consiste à « lever le voile » de liberté religieuse pour regarder la réalité des intentions qui animent un mouvement sectaire, demeure assez limité. En effet, il semble plus aisé pour la Cour de procéder à l'appréciation d'éventuelle violation de la sécurité, d'ordre, de santé ou de morale publiques ou d'autres droits d'autrui par le mouvement visé, ce qui peut justifier l'action de l'Etat à son encontre. Dans les arrêts

⁴² Cour d'appel de Milan, 14 février 1997.

⁴³ Voy. B. GIARD, « Le juge français ne peut baptiser un mouvement de religion », *Recueil Dalloz*, 2000, pp. 655 s.

⁴⁴ Certains juges ayant par ailleurs regretté que la question des convictions philosophiques non-religieuses n'ai pas été davantage développée dans la motivation de l'arrêt. Voy. l'opinion du juge Pettiti.

⁴⁵ Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, préc.

⁴⁶ Cass. crim., 30 juin 1999.

précités, la Cour se prononce par ailleurs au final sur le caractère légitime du but poursuivi par la restriction imposée par l'Etat, en retenant, dans les deux cas, la raison de l'ordre public.

Enfin, il est intéressant de noter que la Cour EDH se sent liée par la qualification de groupement religieux lorsque celle-ci est retenue par l'Etat. Ainsi, dans l'affaire *Boychev et autres contre Bulgarie* elle se contente de noter que « les autorités elles-mêmes ont considéré qu'il s'agissait d'une réunion religieuse [et que donc] les événements en question entrent dès lors dans le champ de la protection offerte par l'article 9 de la Convention »⁴⁷. La Cour a adopté la même position dans l'arrêt *Kimlya et autres contre Russie*⁴⁸. Elle recherchait la qualité de religion de l'Eglise de scientologie et, en l'absence d'un consensus au niveau européen, elle a retenue le fait que les autorités nationales soient convaincues de la nature religieuse du mouvement pour conclure à l'applicabilité de l'article 9.

La plupart de temps, la Cour estime que les mouvements sectaires en présence sont en principe protégés par l'article 9 en ce qu'ils bénéficient de la liberté de culte. Dans ce cas, la Cour vérifie si l'ingérence de l'Etat était conforme à ces dispositions et donc prévue par la loi, nécessaire dans une société démocratique, et poursuivant un but légitime (i.e. protectrice de la sécurité, ordre, santé et morale publiques ou d'autres droits et libertés d'autrui). Si ces conditions sont remplies, la Cour autorise les Etats à lutter contre les dérives des mouvements sectaires.

La recherche du caractère religieux n'est donc qu'accessoire et la jurisprudence de la Cour EDH ne connaît pas à ce jour d'affaires, dans lesquelles le juge se serait contenté de retenir le caractère prétendument religieux d'un mouvement pour lui dénier, au moins en principe, le bénéfice de l'article 9. Quand bien même il ait un doute sur la réalité du caractère religieux, le juge procède à la vérification des conditions du second alinéa pour admettre la conformité d'une restriction de liberté de culte à l'égard d'un mouvement sectaire.

B- La lutte contre les mouvements religieux qui portent atteinte aux autres droits protégés par la convention

La Cour EDH considère qu'en principe un mouvement qui se prévaut de l'article 9 devrait pouvoir en bénéficier, sauf si son objet ou son action portent atteinte à la sécurité, ordre, santé ou moralité publique ou aux autres droits d'autrui.

Ayant rappelé, dans l'arrêt *Leela Förderkreis E. et autres contre Allemagne*, l'étendue de la liberté religieuse, la Cour insiste en effet sur le fait que « [a]rticle 9 does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief »⁴⁹.

La Cour accepte donc de limiter la portée de l'article 9, conformément à ce que prévoit son second paragraphe. Toutefois, toujours dans une recherche d'équilibre, la Cour rappelle la nécessité d'apprécier ces restrictions à la liberté religieuse de manière stricte⁵⁰.

La Cour, comme a son habitude, vérifie donc de façon restrictive que la limitation soit prévue par la loi, qui doit être accessible, claire, précise et prévisible⁵¹. Elle vérifie également que l'action entreprise par l'Etat soit nécessaire dans une société démocratique⁵².

⁴⁷ Cour EDH, 27 janvier 2011, *Boychev et autres c. /Bulgarie*, requête n° 77185/01, § 46.

⁴⁸ Cour EDH, 1^{er} octobre 2009, *Kimlya et autres contre Russie*, requêtes n° 76836/01 et 32782/03.

⁴⁹ Cour EDH, 6 novembre 2008, *Leela Förderkreis E. et autres c. /Allemagne*, requête n° 58911/00, § 80.

⁵⁰ Cour EDH, 14 juin 2007, *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c. /Ukraine*, requête n° 77703/01, § 132.

La question la plus intéressante semble être ici celle de savoir quels sont, selon la jurisprudence de la Cour européenne, les objectifs et les droits d'autrui dont la protection peut conduire de manière légitime l'Etat à limiter la liberté de culte des mouvements sectaires.

Si la liste contenue dans le second paragraphe de l'article 9 est restrictive, elle n'en demeure pas moins assez riche. En effet, la formulation du second paragraphe de l'article 9 qui se veut très restrictive, notamment par la tournure négative de la phrase : « ne peut faire l'objet d'autres restrictions », laisse en réalité une marge d'appréciation assez large en ce que les restrictions énumérées permettent de prendre en compte tous les droits et libertés protégés par la Convention ainsi que la sécurité, l'ordre, la santé et la morale publiques.

La Cour EDH semble avoir sur ce point une politique particulièrement habile. D'une part, elle apprécie de manière restrictive les objectifs selon qu'ils fassent ou non partie de la liste du paragraphe 2. Et, d'autre part, elle interprète assez largement les faits comme faisant partie de la liste précitée.

La lecture de la jurisprudence est dans ce cas assez peu aisée. Il apparaît que la Cour accorde une part importante aux faits de l'espèce et refuse en la matière de dégager une position de principe.

Une volonté d'apprécier largement les dispositions de l'article 9§2 se dégage de l'arrêt *Kalaç contre Turquie*⁵³. La Cour précise que l'article 9 « ne protège pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction » et que, par ailleurs « un individu peut, dans l'exercice de sa liberté de manifester sa religion, avoir à tenir compte de sa situation particulière ». Même si elle s'en défend par la suite, la Cour a donc bien pris ici en considération les nécessités d'ordre militaire pour justifier une restriction plus importante de la liberté religieuse du requérant, magistrat au sein de l'armée de l'air turque.

En effet, la suite de son argumentation dissocie la liberté de culte et les comportements qui ont donné lieu à la mise à la retraite d'office dont il s'agissait dans cette affaire. La Cour considère que, dès lors que la mesure litigieuse ne se fonde pas sur les opinions et convictions religieuses, mais sur des agissements du requérant, « elle n'est pas motivée par la façon dont le requérant a manifesté sa religion »⁵⁴.

Il semble ici permis d'avoir un doute quant à l'argumentation de la Cour. Celle-ci, contrairement à sa conclusion, et comme en témoigne son argumentation précédente, semble interpréter largement les conditions de l'article 9§2, permettant ainsi à l'Etat turque de lutter contre les mouvements sectaires dans les cadres de son armée.

La Cour a pourtant rejeté, dans l'affaire *Nolan et K. contre Russie*⁵⁵ le motif d'atteinte à la sécurité nationale pour justifier l'expulsion par la Russie d'un adepte américain de la secte Moon. En effet, la Cour souligne que cet objectif ne fait pas partie de ceux que l'article 9§2

⁵¹ Cour EDH, 6 novembre 2008, *Leela Forderkreis E. et autres c. /Allemagne*, préc.

⁵² Voy. par exemple les dernièrement célèbres affaires contre la France : Cour EDH, 31 janvier 2013, *Association des Chevaliers du Lotus d'Or c. France*, requête n° 50615/07 ; Cour EDH, 31 janvier 2013, *Association Culturelle du Temple Pyramide c. France*, requête n° 50471/07 et Cour EDH, 31 janvier 2013, *Église Évangélique Missionnaire et Salaiûn c. France*, requête n° 25502/07.

⁵³ Cour EDH, 1^{er} juillet 1997, *Kalaç c. /Turquie*, requête n° 20704/92, § 27.

⁵⁴ *Ibid.*, § 31.

⁵⁵ Cour EDH, 12 février 2009, *Nolan et K. c/ Russie*, requête n° 2512/04.

permet de prendre en considération pour limiter la liberté de culte. Certains auteurs s'étonnent d'une appréciation aussi stricte des objectifs visés par l'article 9§2 alors même que la sécurité publique figure parmi eux.

Encore une fois, la notion de recherche d'équilibre semble expliquer la position de la Cour. Alors qu'elle admet à demi mot que les mouvements sectaires au sein de l'armée d'un Etat peuvent porter atteinte à sa sécurité, elle refuse que la présence d'un missionnaire de l'Eglise de l'unification sur le territoire russe puisse être appréciée comme telle et justifier une limitation de sa liberté religieuse.

Il est intéressant de souligner que dans l'affaire *Nolan*, la Cour rejette l'argumentation de l'Etat qui cherche à dissocier les activités et les croyances religieuses du requérant alors que c'est exactement ce même raisonnement qu'elle a adoptée dans l'affaire *Kalaç*.

De la même manière, la Cour accepte que les raisons d'hygiène soient utilisées pour mener une lutte contre les dérives sectaires, comme composante du motif de santé publique. Elle s'est prononcée en faveur de la validité de cet objectif, alors même qu'elle a considérée qu'il n'y avait pas d'ingérence dans la liberté religieuse dans l'affaire *Cha'are Shalom Ve Tsedek contre France*⁵⁶.

La Cour s'est également fondée sur la protection des droits et libertés d'autrui, principalement pour lutter contre le prosélytisme. Dans l'affaire *Larissis et autres contre Grèce*⁵⁷ elle a estimé que le but poursuivi par l'Etat était légitime en ce qu'il visait la protection desdits droits et libertés. La Cour dit en effet que :

« L'article 9 ne protège [...] pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une croyance. Ainsi, il ne protège pas le prosélytisme de mauvais aloi, tel qu'une activité offrant des avantages matériels ou sociaux ou l'exercice d'une pression abusive en vue d'obtenir des adhésions à une Eglise ».

Etait concerné notamment le prosélytisme des supérieurs hiérarchiques appartenant à l'Eglise pentecôtiste au sein de l'armée et envers leurs subordonnés.

Ainsi la Cour, comprenant les enjeux liés aux mouvements sectaires, fait une application de l'article 9 permettant, dans certains cas, de limiter la liberté religieuse, et principalement la liberté de culte.

Toutefois, alors que certains arrêts semblent montrer un début de raisonnement propre aux sectes et leurs dérives, avec l'idée du caractère « prétendument religieux » de leurs agissements, la Cour ne va pas jusqu'au bout de cette logique.

Sa démarche s'inscrit au-delà du questionnement sur le caractère réellement ou non religieux d'un mouvement. Elle pourrait par ailleurs s'appliquer à tout mouvement religieux reconnu comme tel. En effet, la Cour EDH estime que la liberté religieuse, conformément à la lettre de l'article 9§2, peut faire l'objet de certaines ingérences de l'Etat. Ces ingérences sont admises lorsqu'il est porté atteinte à d'autres droits et libertés.

En fin de compte, il semblerait que la Cour n'accorde que peu d'importance à la notion de secte, ce qui s'explique par ailleurs assez aisément compte tenu de l'absence d'une définition

⁵⁶Cour EDH, 27 juin 2000, *Cha'are Shalom VeTsedek c/ France*, requête n° 27417/95, § 84 (AJDA 2000, RFDA 2001, RTDH 2001).

⁵⁷Cour EDH, 24 février 1998, *Larissis et autres c. /Grèce*, requêtes n° 23372/94 26377/94 26378/94, § 45.

claire et de consensus au sein des Etats membres. En revanche elle accepte que les Etats luttent contre les dérives sectaires en se basant sur l'article 9§2 de la Convention de Rome. Pour reprendre encore une fois les paroles du Président Costa, « tout est question de dosage »⁵⁸ et, comme l'a si bien résumé Gérard Gonzalez, la Cour accepte certes le « haro sur les sectes », mais jamais trop⁵⁹. L'équilibre reste le maître mot, quand bien même la question des sectes soit pour la Cour « d'intérêt général ».

AMS

II- Les limites de la lutte contre les sectes

Si les Etats membre du Conseil de l'Europe sont libres, voire même encouragés, à mettre en place des politiques de lutte contre les dérives sectaires, la jurisprudence de la Cour européenne fixe des limites aux initiatives étatiques. Ces limites sont matérialisées par le respect de certains droits protégés par la Convention tels que la liberté de conscience et de religion (art. 9), la liberté d'expression (art. 10), le droit de propriété (art. 10) ou encore le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8). Une conciliation est alors nécessaire entre l'intérêt général et les droits individuels.

La Cour européenne a eu à se prononcer sur cette conciliation, dans des affaires très diverses qui avaient trait, notamment, à la protection de l'enfance (A), à la liberté d'expression (B) ou encore à la fiscalité des associations (C)⁶⁰.

A- Les limites des politiques de protection de l'enfance

Les parents bénéficient, aux termes de la Convention et de ses protocoles (art. 2P1⁶¹), d'une liberté de choix dans l'éducation et l'instruction qu'ils donnent à leurs enfants, afin qu'elle soit conforme à leurs convictions philosophiques et religieuses⁶². Cette liberté dérive de la liberté de conscience et de religion protégée par l'article 9⁶³.

La proclamation de ce droit attribué aux parents ou aux tuteurs se place dans la lignée de la Déclaration des droits de l'enfant adoptée dans le cadre des Nations unies le 20 novembre 1959, qui affirme que la responsabilité principale en matière d'éducation incombe essentiellement aux parents. Les Etats doivent donc veiller à ce que les enfants puissent exercer leur droit à l'instruction dans le respect des convictions religieuses et philosophiques⁶⁴ des parents⁶⁵. Pour la Cour EDH, cette obligation « vise à sauvegarder la possibilité d'un pluralisme éducatif, elle implique que l'Etat, en s'acquittant de ses fonctions en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste, permettant aux élèves de développer un sens critique à l'égard notamment du fait religieux dans une atmosphère

⁵⁸ Voy. l'opinion concordante du Président Costa dans l'affaire Paturel.

⁵⁹ Référence à l'article de G. GONZALEZ, « Haro sur les "sectes" mais... pas trop », *RTDH*, 2007, pp. 1137-1151.

⁶⁰ D'autres thèmes ont été abordés par la Cour, dans des affaires mettant en cause des sectes, comme par exemple celui du droit à la sûreté (Cour EDH, *Riera Blume et autres c. Espagne*, 14 octobre 1999, req. No 37680/97 : la privation de liberté des requérants, membres présumés d'une « secte », pendant près de dix jours) ou encore celui de la discrimination dans le domaine du travail (Cour EDH, *C.R. c. Suisse*, 14 octobre 1999, req. No 40130/98).

⁶¹ En matière d'éducation et d'enseignement, l'article 2 du Protocole no 1 est en principe *lex specialis* par rapport à l'article 9 de la Convention, Cour EDH *Lautsi c. Italie*, 18 mars 2011, req. No 30814/06, §59.

⁶² Libellé de l'art. 2P1 et arrêt *Folgerø et autres c. Norvège*, 29 juin 2007, req. No 15472/02.

⁶³ D'ailleurs, elle est souvent affirmée au sein de dispositions relatives à cette liberté de conscience au sein de traités tels que le Pacte international relatifs aux droits civils et politiques, Article 18§4, ou encore la Convention américaine relative aux droits de l'homme, Article 12§4.

⁶⁴ La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000 a rajouté les convictions « pédagogiques ».

⁶⁵ Voir par exemple : Cour EDH, *Costello Roberts c. RU*, 25 mars 1993, req. No 13134/87.

sereine, préservée de tout prosélytisme. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui pourrait être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents »⁶⁶. Par exemple, dans le cadre de l'école publique et des programmes scolaires, l'enseignement d'une religion n'est pas en soi interdit, mais il doit comprendre un régime d'exemptions permettant d'accommoder le programme éducatif aux choix des parents⁶⁷.

La liberté des parents et des tuteurs va par conséquent inclure la possibilité de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, à condition qu'ils soient « conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'État en matière d'éducation »⁶⁸.

Dès lors, les parents membres d'une secte sont, en principe, libre d'élever leurs enfants dans les préceptes de la secte. En conséquence, une décision judiciaire ne peut pas se fonder essentiellement sur les croyances religieuses des parents, par exemple pour attribuer à l'un ou à l'autre la garde des enfants⁶⁹ ou pour décider du retrait de l'autorité parentale ou d'un droit de visite⁷⁰. L'appartenance d'un parent à une secte ne peut pas non plus justifier l'enlèvement d'un enfant⁷¹. Cette liberté vient alors limiter l'étendue des politiques nationales de protection des enfants victimes de sectes.

Le droit européen des droits de l'homme établi néanmoins des limites au-delà desquelles l'Etat peut s'ingérer dans les relations parents/enfants pour protéger ces derniers de l'influence néfaste des groupes sectaires. L'ingérence doit, conformément à la jurisprudence constante de la Cour, être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et nécessaire dans une société démocratique. La jurisprudence de la Cour a permis aux Etats d'adopter des mesures protectives à l'égard des enfants concernés par les sectes notamment dans deux cas principaux : lorsque le contenu des idées de la secte présente en lui-même un danger pour l'enfant (i), mais également lorsque les activités de la secte portent atteinte à l'intégrité corporelle des mineurs ou à leur éducation (ii).

(i) Sur la première hypothèse, il convient de citer l'affaire *Mouvement raëlien suisse c. Suisse* qui a donné lieu à deux arrêts concordants de la Cour (un arrêt de chambre et un arrêt de Grande chambre), en date des 13 janvier 2011⁷² et 13 juillet 2012⁷³. Cette affaire est née de l'interdiction par les tribunaux suisses d'une campagne d'affichage de la secte en se fondant

⁶⁶ Cour EDH, *Lautsi c. Italie*, préc., §62.

⁶⁷ Voir par exemple : CDH, *Hartikainen c. Finlande*, 1981 (non violation) ou encore CDH, *Leivag c. Norvège*, 2004 (violation).

⁶⁸ Article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, AG 2200 A (XXI).

⁶⁹ Cour EDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, D. 1994, Jur. p. 326, note J. Hauser. Voir également M. HUYETTE, « Les sectes et la protection judiciaire des mineurs », *Recueil Dalloz*, 1996 p. 271.

⁷⁰ Cour EDH, *F.L. c. France*, déc., 3 novembre 2005, req. No 61162/00. Voir également Cour EDH, *Vojnity c. Hongrie*, 12 février 2013, req. No 29617/07 et Cour EDH, *Mincheva c. Bulgarie*, 2 septembre 2010, req. No 21558/03. Dans cette dernière affaire, la Cour suprême de cassation bulgare laissa la garde de l'enfant à son père. La haute juridiction considérait que le comportement de la requérante, qui, à l'époque concernée, se rendait aux réunions d'une société religieuse connue sous le nom de Soldats du Christ, mettait en danger les intérêts de son fils. Un droit de visite avait été accordé à la mère, mais celui-ci n'était pas respecté par le père de l'enfant. La passivité des autorités conduisit la Cour à condamner la Bulgarie : « 98. Eu égard à ces considérations et nonobstant la marge d'appréciation de l'Etat défendeur en la matière, la Cour estime que les autorités nationales n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles pour faciliter les visites de la requérante à son enfant ».

⁷¹ Cour EDH, *AB c. Pologne*, 20 novembre 2007, 33878/96, §36 : « Le 9 février 1999, à la demande du requérant et après l'avoir entendu avec sa fille, le Centre dominicain d'information sur les mouvements religieux et les sectes conclut que la mère de l'enfant pouvait appartenir à une secte de tendance New Age pratiquant des rituels sataniques et abusant sexuellement des enfants ».

⁷² Cour EDH, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, 13 janvier 2011, req. No 16354/06.

⁷³ Cour EDH (Grande chambre), *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, req. No 16354/06.

notamment sur le fait que le Mouvement raëlien avait prôné dans ses ouvrages « doctrinaux » certaines idées pouvant conduire à des dérives sexuelles envers des enfants mineurs, l'enfant y étant qualifié d'« objet sexuel privilégié »⁷⁴. Dans cette affaire, la Cour européenne estime qu'il convient de procéder à une balance des intérêts en cause : le droit de l'association de véhiculer ses idées au titre de sa liberté d'expression (art. 10), d'une part, et, celui des autorités de protéger l'ordre public et de prévenir des infractions, d'autre part⁷⁵. La balance penchera très nettement en faveur du gouvernement, notamment au regard de la gravité des risques. La Cour estime en effet que « les reproches formulés par les instances internes à certains membres de l'association requérante, portant sur leurs activités sexuelles avec des mineurs, semblent particulièrement inquiétants »⁷⁶.

L'appartenance à une secte peut également limiter la possibilité d'adoption. Les juridictions françaises ont validé un rejet d'agrément aux fins d'adoption sur le fondement de l'adhésion des demandeurs aux Témoins de Jéhovah. Était en cause la doctrine de la secte, en particulier en matière de transfusion sanguine. Dès lors, le couple ne présentait pas des garanties suffisantes en ce qui concerne les conditions d'accueil⁷⁷. L'affaire n'a pas fait l'objet d'un recours devant les juges de Strasbourg, mais il n'est pas évident que la Cour européenne valide cette pratique. De manière générale, Michel Huyette rappelle que la société, « n'accepte pas que soient inculquées aux enfants certaines idées gravement nuisibles en elles-mêmes et que l'immense majorité des citoyens refuse de tolérer ». Il en va ainsi de l'incitation à la haine raciale, à la violence ou au suicide⁷⁸.

(ii). La seconde hypothèse permet l'ingérence des autorités dans le cas où les activités de la secte portent atteinte à l'intégrité corporelle des mineurs ou à leur éducation. Dans l'affaire *Schmidt c. France* du 26 juillet 2007⁷⁹, la Cour reconnaît par exemple que des conditions de vie et d'éducation dans une secte étaient susceptibles de nuire gravement au bien-être et à la santé d'un enfant. Il était question d'une organisation dénommée *Eglise Chrétienne Biblique* ou *La Citadelle*. Les autorités françaises ont ouverts des dossiers d'assistance éducative pour des enfants de membres, dont la fille des requérants, alors âgée de 4 ans, placée auprès de la DDASS puis auprès de ses grands-parents. Devant la Cour européenne, la France justifie le placement en ces termes : « les conditions de vie et d'éducation de Victoria compromettaient gravement son bien-être et sa santé. Elle était en effet, à l'instar des autres enfants élevés dans la communauté conformément aux préceptes de l'Eglise chrétienne biblique, coupée du monde extérieur qui était présenté comme satanique, scolarisée par correspondance, soustraite à tout contact familial et social autre que celui de la communauté. Elle était par ailleurs soumise à des jeûnes fréquents, à des punitions corporelles et à des privations de sommeil »⁸⁰. Ce raisonnement a été validé par la Cour qui estime que cette justification était suffisante au regard de l'intérêt de l'enfant qui doit primer dans les affaires de ce type⁸¹.

Le risque qui pèse sur l'intégrité psychique et corporelle des mineurs ne peut néanmoins pas justifier des atteintes excessives aux droits fondamentaux des intéressés. *L'Affaire Riera*

⁷⁴ Cour EDH, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, 13 janvier 2011, §12.

⁷⁵ *Ibid.*, § 52.

⁷⁶ *Ibid.*, § 56.

⁷⁷ CE, 24 avr. 1992, Département du Doubs c/ Époux X, JurisData n° 1992-041281 ; D. 1993, jurispr. p. 234 ; JCP G 1992, IV, 1848.

⁷⁸ M. Huyette, « Les sectes et la protection judiciaire des mineurs », *loc.cit.*, p. 271.

⁷⁹ Cour EDH, *Schmidt c. France*, 26 juillet 2007, req. No 35109/02. Voy. J. Hauser, « Assistance éducative : De la religion ou des sectes ; Note sous Cour européenne des Droits de l'Homme, 3^{ème} section, 26 juillet 2007, Schmidt contre France », *RTDciv*, 2007, pp. 765-767.

⁸⁰ Cour EDH, *Schmidt c. France*, préc., §71.

⁸¹ *Ibid.*, §87.

Blume et autres c. Espagne du 14 octobre 1999⁸² en est une illustration très nette. L'association de lutte contre les sectes *Pro Juventud* (« Pro Jeunesse ») avait saisi, dans cette affaire, les autorités espagnoles en affirmant que des membres de leurs familles (principalement de jeunes adolescents) avaient été captés par un groupe connu sous le nom de CEIS (*Centro Esotérico de Investigaciones*). D'après les plaintes des familles, « les dirigeants du CEIS réussissaient un changement total de la personnalité des adeptes, entraînant la rupture des liens avec leurs familles et amis, et les incitant à la prostitution et à d'autres activités tendant à l'obtention d'argent pour l'organisation »⁸³. Les doutes ont été confirmés par les fonctionnaires de police qui procédèrent à des arrestations. Les requérants avaient ensuite été transférés dans un hôtel où ils avaient été retenus pendant 10 jours pour être soumis à un processus de « déprogrammation » par un psychologue et un psychiatre à la demande de l'association *Pro Juventud*⁸⁴. La Cour conclut que le transfert des requérants par la police catalane à l'hôtel puis leur maintien dans l'hôtel pendant dix jours, étaient constitutifs d'une privation de liberté imputable aux autorités espagnoles⁸⁵ en violation de l'article 5§1 de la Convention.

Au plan éducatif, les parents ne peuvent pas déléguer leurs compétences pédagogiques à une secte. Dès lors, les juridictions françaises ont condamné pénalement des parents pour avoir envoyé leur fils âgé de six ans et demi, seul, en Inde, dans une école tenue par des adeptes de la secte du *Sahaja yoga*. En renonçant au pouvoir de contrôle et d'orientation que l'enfant est en droit d'attendre de ses parents et en abandonnant au *Sahaja Yoga* leur devoir éducatif, les parents se sont rendus coupables d'un abandon d'enfant⁸⁶.

B- Les limites posées par la liberté d'expression

Les autorités peuvent s'ingérer dans la liberté d'expression des membres des mouvements qualifiés de sectes afin de protéger l'ordre public⁸⁷ mais la Cour pose certaines limites à cette ingérence. Elle doit bien entendu être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique⁸⁸. C'est souvent le troisième élément qui fait défaut, si la mesure étatique n'est pas strictement nécessaire et proportionnée au but recherché.

Tel est par exemple le cas lorsque l'individu est condamné pénalement pour ses propos. Par exemple, dans l'*affaire Paturel c. France*⁸⁹, le requérant, adepte des témoins de Jéhova, était l'auteur d'un livre intitulé « Sectes, Religions et Libertés Publiques » au sein duquel il dénonçait les dérives de la lutte contre les sectes. Il attaquait en particulier l'action de l'Union nationale des associations de défense de la famille et de l'individu (UNADFI). L'UNADFI déposa une plainte pour diffamation et obtint la condamnation pénale de l'auteur et de son éditeur. Les juges internes ont retenu l'absence de sérieux de l'enquête et de prudence dans l'expression, mais également « son animosité personnelle à l'égard de la partie civile »⁹⁰ due à

⁸² Cour EDH, *Riera Blume et autres c. Espagne*, 14 octobre 1999, req. No 37680/97.

⁸³ *Ibid.*, §13.

⁸⁴ *Ibid.*, §29.

⁸⁵ *Ibid.*, §30 et 35 : « la Cour considère que les autorités internes ont, à tout moment, consenti à la situation de privation de liberté des requérants. S'il est vrai que ce sont les familles des requérants et l'association *Pro Juventud* qui ont porté la responsabilité directe et immédiate de la surveillance des requérants pendant les dix jours de privation de liberté, il est tout aussi vrai que, sans la collaboration active des autorités catalanes, la privation de liberté n'aurait pas pu avoir lieu. La responsabilité ultime des faits dénoncés revenant ainsi aux autorités en question, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention ».

⁸⁶ Cass. crim., 11 juill. 1994 : Vie jud. 28 nov.-4 déc. 1994

⁸⁷ Voy. Cour EDH, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, préc.

⁸⁸ Voy. Art. 10§2.

⁸⁹ Cour EDH, *Paturel c. France*, 22 décembre 2005, req. No 54968/00.

⁹⁰ *Ibid.*, §34.

son appartenance aux Témoins de Jehova et au classement par l'Union de la mouvance au nombre des sectes. L'analyse et la mise en balance réalisée par la France avaient alors été en faveur de la lutte contre les sectes, au détriment de la liberté d'expression du requérant. Contrairement aux juridictions françaises, la Cour EDH estime que les déclarations incriminées relèvent de questions d'intérêt public qui ne peuvent pas être condamnées sur le fondement d'une animosité personnelle principalement déduite de la qualité de membre d'une secte. Dès lors la France, en condamnant pénalement le requérant, a excédé la marge d'appréciation dont elle disposait et violé l'article 10 de la Convention⁹¹.

Dans le même sens, la Cour EDH a plusieurs fois condamné la Turquie pour des condamnations pénales excessives. Par exemple, un membre d'un mouvement religieux qualifié de secte islamique en Turquie avait défendu à la télévision la notion de *Charia* et l'idée selon laquelle les enfants nés d'un mariage civil sont des enfants illégitimes. Il avait été condamné à deux ans de prison pour ces faits. Cette ingérence n'a pas été considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » par la Cour EDH et a conduit à la condamnation de la Turquie sur le fondement de l'article 10⁹². La même peine de prison avait été décidée par les juridictions turques à l'encontre d'un individu, disciple de *Said-i Nursi*, fondateur d'une secte –ou école–islamique dénommée « Nurcu » pour avoir distribué des brochures expliquant en termes scientifiques que le séisme qui s'est produit en Turquie le 17 août 1999 était un « avertissement divin » et que le *Risale-i Nur* (ouvrage rédigé par *Said-i Nursi*) n'était pas venu en aide à la région la plus touchée par le tremblement de terre parce qu'elle ne respectait pas la prescription du *hijâb*. Le requérant avait également fait des déclarations publiques accusant une partie de la population d'être à l'origine du séisme. Le procureur inculpa le requérant pour incitation à la haine et à l'hostilité par voie de discrimination religieuse et il fut condamné à deux ans de prison. La Cour EDH, considère que, « si choquants et offensants qu'ils puissent être pour ceux qui ne partagent pas les croyances et opinions du public auquel ils sont adressés, les propos du requérant n'incitent pas à la violence et ne sont pas de nature à fomenter la haine contre les personnes qui ne sont pas membres de la communauté religieuse à laquelle appartient le requérant »⁹³. Par ailleurs, la Cour prend en considération la lourdeur des peines infligées par les juridictions turques pour conclure à l'absence de rapport raisonnable de proportionnalité avec le but poursuivi et à la violation de l'article 10⁹⁴.

C- Les limites des politiques fiscales

L'arme économique voire fiscale est utilisée par les Etats pour lutter contre les dérives sectaires. Par exemple, le ministre français du budget avait publiquement exprimé en 1996, lors d'un discours à l'Assemblée nationale, sa volonté d'utiliser le contrôle fiscal comme arme contre les mouvements sectaires. Il s'exprimait en ces termes :

L'action [des services fiscaux] a permis, à plusieurs reprises, une certaine répression de l'activité des sectes. (...) Au-delà du contrôle fiscal, les conséquences peuvent être encore plus graves. En effet, le contrôle peut déboucher sur des procédures de règlement judiciaire ou sur des actions pénales à l'encontre des dirigeants de la secte, actions qui sont de nature à déstabiliser le fonctionnement de l'association, voire à la mettre dans l'obligation de cesser ses activités sur notre territoire. Le contrôle fiscal

⁹¹ *Ibid.*, §50.

⁹² Cour EDH, *Gündüz c. Turquie*, 4 décembre 2004, req. No 35071/97.

⁹³ Cour EDH, *Kutlular c. Turquie*, 29 avril 2008, req. No 73715/01, §49.

⁹⁴ *Ibid.*, §52.

*peut donc constituer la première étape d'un processus qui désorganise profondément la secte ou aboutit à sa dissolution*⁹⁵.

Les Etats européens ont alors eu recours à des politiques dites fiscales, plus ou moins assumées, de lutte contre les mouvements qualifiés de sectes notamment pour leur efficacité⁹⁶, mais également parce qu'elles n'entre pas frontalement en conflit avec la liberté de conscience et de religion, consacrée avec force par de nombreux instruments internationaux et par les constitutions nationales des Etats du Conseil de l'Europe. Cette impression va être démentie avec force par la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que l'arme fiscale est susceptible de porter atteinte à la liberté de conscience et de religion, notamment si elle prive les adeptes de leur liberté de culte⁹⁷. En effet, si ces politiques ne sont pas en soi contraires à la Convention, elles peuvent le devenir si elles constituent une entrave disproportionnée à l'exercice de la liberté de religion. Ce type d'entrave a été constaté par la Cour dans un certain nombre d'affaires concernant la France, notamment parce que la pression fiscale ne reposait pas sur une disposition législative suffisamment claire et prévisible.

A l'origine de la célèbre affaire *Témoins de Jéhova contre France* de 2011, se trouve un contrôle fiscal débuté en 1995 contre l'Association. L'administration fiscale française avait demandé à l'Association de déclarer les dons manuels reçus pendant les années 1993 à 1996 et avait refusé d'exonérer ces dons, considérant que l'Association des Témoins de Jéhova ne pouvait pas bénéficier du statut d'Association cultuelle. Un redressement de plus de 22 millions d'euros lui a été notifié à titre principal, et environs la même somme au titre des pénalités et intérêts de retard. Les dons manuels échappaient traditionnellement à toute déclaration, mais le nouvel article 757 du CGI introduit en 1991 par le législateur permet de taxer les dons manuels notamment « révélés » à l'administration fiscale. Il était admis par l'administration fiscale que cette disposition ne concernait que les personnes physiques et non les personnes morales telles que les associations. Toutefois, l'année 1995 marque le tournant de la lutte contre les dérives sectaires en France et marque également l'utilisation de cette disposition pour lutter fiscalement contre les sectes. Face à l'inquiétude du monde associatif, la loi du 1er août 2003 a ajouté un alinéa à l'article 757 qui dispose que « ces dispositions ne s'appliquent pas aux dons manuels consentis aux organismes d'intérêt général ». Cette loi visait donc à conforter la pratique des dons aux associations d'intérêt général, sans pour autant que puissent en bénéficier les associations de type sectaire.

La Cour européenne, saisie par les Témoins de Jéhova, considère dans un premier temps que la liberté de religion telle que protégée par la Convention ne permet pas d'exiger un statut fiscal particulier⁹⁸ ni n'oblige les Etats parties à accorder aux Eglises ou à leurs

⁹⁵ Discours prononcé lors du débat sur le rapport de la commission d'enquête sur les sectes à l'Assemblée Nationale, le 8 février 1996 (J.O. du 9 février 1996).

⁹⁶ N. GUILLET, (dir.), *Les difficultés de la lutte contre les dérives sectaires*, Paris, L'Harmattan, 2007, 222 p. Voy. Egalement Assemblée nationale, *Les sectes et l'argent*, Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la situation financière, patrimoniale et fiscale des sectes, ainsi que sur leurs activités économiques et leurs relations avec les milieux économiques et financiers, président M. J. Guyard, rapporteur M. J.-P. Brard, 10 juin 1999, N° 1687.

⁹⁷ Voy. Com EDH, *Institut de prêtres français et autres c. Turquie*, 19 janvier 1998, req. No 26308/95 et Cour EDH, *Témoins de Jéhova c. France*, 30 juin 2011, req. No 8916/05. Sur cette affaire, voy. G. GONZALEZ, « L'Armageddon des services fiscaux ou conclusion attendue d'une "révélation" peu inspirée », *JCP* 2011, 1557-1560 ou encore G. GONZALEZ, « Premier constat de violation par la France de la liberté religieuse », *JCP* 2011, pp. 1440-1440.

⁹⁸ Com. EDH *Association Sivananda de Yoga Vedanta c. France* (déc.), 16 avril 1998, req. No 30260/96.

fidèles un statut fiscal différent de celui des autres contribuables⁹⁹. La Cour ne semble donc pas imposer à la France d'accorder aux mouvements qu'elle identifie comme sectaire, le statut d'association culturelle, avantageux fiscalement. Toutefois, en l'espèce, les juges de Strasbourg constatent bel et bien une ingérence dans l'exercice de la liberté de religion, au motif que « la taxation dont il s'agit a menacé la pérennité, sinon entravé sérieusement l'organisation interne, le fonctionnement de l'association et ses activités religieuses »¹⁰⁰. L'ingérence était au surplus contraire à la Convention parce que les dispositions du Code général des impôts en cause (art. 757) ne remplissaient pas les exigences de prévisibilité et de précision exigées par la jurisprudence de la Cour¹⁰¹.

Des faits similaires ont conduit à la récente condamnation de la France, pour le même motif, dans les affaires *Association culturelle du temps pyramide c. France*¹⁰², *Eglise évangélique missionnaire et Salaûn c. France*¹⁰³ et *Chevaliers du Lotus d'or c. France*¹⁰⁴ du 31 janvier 2013. Sans imposer à la France de reconnaître aux sectes le statut d'associations culturelles, la Cour européenne semble néanmoins sérieusement remettre en cause de la politique fiscale française de taxation des dons reçus par les sectes, initiée en 1995 à l'heure de la publication du rapport parlementaire sur les activités sectaires.

KN

*
* *

La démarche de la Cour n'est ni celle de méfiance ni celle de tolérance vis-à-vis des mouvements sectaires. Elle laisse les Etats libres de choisir leur position.

Pour la Cour européenne la liberté religieuse, qui pour certains se manifeste par l'appartenance à des mouvements sectaires, doit être protégée. Toutefois, elle ne peut conduire à des dérives attentatoires à d'autres droits et libertés protégés par la Convention. C'est dans cette logique d'équilibre que s'inscrit l'approche, parfois critiquée, de la Cour.

⁹⁹ Cour EDH *Alujer Fernandez et Caballero Garcia c. Espagne* (déc.), 14 juin 2001, req. No 53072/99. Voy. Egalement Cour EDH, *Témoins de Jéhova c. France*, préc., §52.

¹⁰⁰ Cour EDH, *Témoins de Jéhova c. France*, préc., §53.

¹⁰¹ « La Cour observe qu'en définitive, la notion de révélation telle qu'interprétée en l'espèce a fait dépendre la taxation des dons manuels de la réalisation du contrôle fiscal, ce qui implique nécessairement une part d'aléa et donc une imprévisibilité dans l'application de la loi fiscale », Cour EDH, *Témoins de Jéhova c. France*, préc., §70. La Cour note également que la disposition législative n'était pas suffisamment claire pour permettre de prévoir si elle était applicable aux personnes morales.

¹⁰² Cour EDH, *Association culturelle du temps pyramide c. France*, 31 janvier 2013, req. No 50471/07.

¹⁰³ Cour EDH, *Eglise évangélique missionnaire et Salaûn c. France*, 31 janvier 2013, req. No 25502/07.

¹⁰⁴ Cour EDH, *Chevaliers du Lotus d'or c. France*, 31 janvier 2013, req. No 50615/07.

III- REGARDS CROISES

La protection de la liberté religieuse dans le cadre du système interaméricain

Amaya UBEDA DE TORRES,
Docteur en droit et Juriste à la Commission de Venise

La protection de la liberté religieuse n'a pas fait l'objet, hélas, d'une protection particulièrement développée de la part des organes du système interaméricain. Dans un continent dont la majorité catholique est la donne de départ, surtout parmi les pays adhérant à la Convention américaine des droits de l'homme (CADH) et ayant accepté la juridiction de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme (ce qui exclut, bien évidemment, les Etats-Unis, Canada ou Cuba, et aussi, malheureusement, Trinité et Tobago et, plus récemment, le Venezuela¹), les droits des minorités religieuses ne semblent pas avoir donné lieu à une ligne jurisprudentielle bien établie.

En effet, sauf dans très peu des cas qui contiennent plutôt des *obiter dicta* concernant la protection individuelle de la liberté religieuse, la Cour ne s'est presque jamais prononcée à l'encontre d'un Etat sur la base de l'article 12 de la CADH. Cependant, si la Cour ne l'a jamais fait, plusieurs affaires sont arrivées devant la Commission Interaméricaine, le « gardien » du système, sur la question, et ont donné lieu à des rapports de fond en matière de liberté religieuse. Ils concernent pour la plupart le même groupe religieux. Et oui, comme dans le contentieux européen, les Témoins de Jéhova ont été les plus actifs dans l'utilisation de l'activité litigieuse et juridictionnelle pour faire respecter leurs droits.

Cependant, les raisons du manque de développement jurisprudentiel sont opaques. C'est important de souligner que le système interaméricain a des atouts indéniables pour soutenir et renforcer la liberté religieuse au sein du continent américain. Qui plus est, on connaît de l'audace et des considérations pionnières de la Commission et de la Cour interaméricaines dans le cadre d'autres droits. Il y a donc bien un cadre juridique favorable à l'établissement d'une jurisprudence qui peut s'avérer très nécessaire (I). Le maigre contentieux dans le sujet nous amène à réfléchir par la suite aux raisons de ce blocage tant de la soumission d'affaires devant la Cour Interaméricaine comme de la timidité des affaires étant arrivées devant la Commission IADH (II).

Le but de ce travail n'est pas cependant d'avancer des théories ou des pronostiques, toujours risqués pour les juristes, ni de rentrer dans les eaux de l'incertitude, mais plutôt d'évoquer le panorama interaméricain en matière de liberté religieuse et d'établir des bases pouvant servir à une réflexion concernant l'activisme juridique ou son absence au sein du système interaméricain.

I. Un cadre juridique favorable à la protection de la liberté religieuse

¹Le retrait effectif du Venezuela du système de la Convention américaine des droits de l'homme s'est produit en septembre 2013

On le sait, le système interaméricain est un système fragmenté : fragmenté, car les Amériques, au pluriel, n'ont pas un seul régime applicable au sein du continent ; fragmenté aussi par la construction d'un système à la carte qui fait l'une des différences essentielles (parmi tant d'autres !) avec le système européen. Il est également bien connu que la Commission interaméricaine a une compétence automatique pour traiter les requêtes individuelles introduites à l'encontre de n'importe quel Etat de l'Organisation des Etats Américaines², mais elle ne peut se servir que de la Déclaration américaine des droits de l'homme pour les pays n'ayant pas ratifié la CADH. N'oublions pas que, à ces deux catégories d'Etats face au système, ceux qui ont ratifié la Convention et ceux qui ne l'ont pas fait, s'ajoute celle conformée par les Etats ayant ratifié la CADH et n'ayant pas accepté la compétence contentieuse de la Cour Interaméricaine (comme c'est le cas de Grenada), ainsi que des Etats qui ont dénoncé la CADH comme le mécanisme existant pour dénoncer aussi son acceptation préalable de la compétence de la Cour, en suivant une jurisprudence quelque peu contestable³.

La base juridique d'action des organes du système interaméricain est donc multiple, ayant la Déclaration et la CADH comme les deux textes de base. Or, le système ne fournit pas un cadre de protection limité exclusivement par la régulation de la liberté religieuse au sein des textes ; comme d'habitude, d'autres outils viennent compléter le tableau, tant à travers les dispositions conventionnelles, telles que le déjà célèbre et célébré article 2 de la CADH, comme par des outils d'ordre prétorien découlant des méthodes d'interprétation propres à la Cour interaméricaine elle-même.

A. Un cadre juridique multiple

La protection de la liberté de religion se base sur sa nature duale. En effet, la référence à l'essence même de cette liberté se trouve sur les deux textes du système, Convention et Déclaration. La liberté religieuse a donc bien une dimension individuelle et collective, et, comme il se passe avec d'autres droits de nature duale, elle entretient des rapports avec ceux-ci à la fois fusionnels et quelque peu paradoxales... Le régime des restrictions complète ce dédoublement au sein de la liberté religieuse, marquant un cadre conventionnel propre à chaque droit et suivant également une clause générale en matière de restrictions, un signe de la complexité du régime des limites des droits au sein du système interaméricain.

a. Un droit à plusieurs couches

Selon l'article III de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, intitulé « Droit à la liberté de religion et de culte, « toute personne a le droit de professer librement une croyance religieuse, de la manifester et de la pratiquer en public ou en privé ». Bien que, en appliquant les théories classiques du Droit International, la Déclaration n'est pas un texte obligatoire, nombreuses sont les voix, comme dans le cas de la DUDH, qui plaident pour un

² La Commission a néanmoins une compétence facultative pour les requêtes interétatiques, tel qu'indiqué au sein de l'article 45 de la CADH, ce qui a été un élément de différence de plus entre les deux systèmes, le système européen ayant eu de sa création une compétence automatique en matière de requêtes interétatiques.

³ L'affaire *Ivcher Bronstein c. Pérou* (Cour IADH, 4 septembre 1999, Série C, n° 54) souleva une question controversée au sein du système interaméricain, avec l'annonce de la part du Pérou de son retrait du système pendant la procédure contentieuse. Au-delà du fait que, bien évidemment, la Cour rejette la possibilité de se retirer pendant une procédure pendante, invoquant la règle temporelle d'une année reconnue au sein de la Convention de Vienne des droits des traités de 1969, la Haute juridiction construit une jurisprudence critiquée et critiquable. En effet, invoquant le respect pour l'intégrité et l'intégralité de la Convention américaine, elle considéra la déclaration d'acceptation de la juridiction contentieuse de la Cour un élément faisant partie du traité, et donc le retrait partiel impossible (v., à ce sujet, A. UBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights. Case-law and commentaries*, OUP, 2011, pp. 15 et ss.).

changement progressif de son statut via la Charte de la OEA, c'est-à-dire, à travers le caractère obligatoire du respect des droits de l'homme inclus au sein du Pacte de Bogotá⁴.

Au-delà des *disputatio* doctrinales et des raisonnements généraux à ce sujet, la Commission elle-même a mis en avant certains éléments qui concernent le régime de la protection de la liberté religieuse se basant sur la Déclaration. Ainsi, l'article 20 du Statut de la Commission énonce que, en ce qui concerne les Etats qui ne sont pas parties de la Convention américaine des droits de l'homme, il faut porter une attention toute particulière au respect de certains articles de la Déclaration, et, parmi eux, l'article III relatif à la liberté religieuse⁵. Dans ses considérations relatives à la liberté religieuse dans l'un des pays sur lesquels elle s'est prononcée longuement sur le sujet, dans le cas d'espèce, Cuba, la Commission IADH affirmait que « cette énoncée à caractère générale existant dans la Déclaration [se référant à l'article III] a été précisé dans la CADH ». Et elle ajoutait : « même si ce dernier instrument n'est pas applicable au Cuba, ce pays ne l'ayant pas ratifié, la Commission croit nécessaire de prendre en compte les dispositions pertinentes dans le but de cerner plus exactement l'ampleur du droit sous examen, ainsi que les limites dans lesquelles il est exercé »⁶. Voici une approche évolutive, selon laquelle le texte postérieur serait en mesure de compléter et de développer le texte adopté précédemment au sein du système, sans tenir compte de la nature différente des obligations y découlant⁷.

Quoi qu'il en soit, la Déclaration énonce le droit de professer, manifester et pratiquer librement la religion, ne faisant pas de référence aux restrictions possibles.

L'article 12 de la CADH, quant à lui, se divise en quatre paragraphes :

« Article 12. Liberté de conscience et de religion

1. Toute personne a droit à la liberté de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de garder sa religion ou ses croyances, ou de changer de religion ou de croyances, ainsi que la liberté de professer et de répandre sa foi ou ses croyances, individuellement ou collectivement, en public ou en privé.
2. Nul ne peut être l'objet de mesures de contrainte de nature à restreindre sa liberté de garder sa religion ou ses croyances, ou de changer de religion ou de croyances.
3. La liberté de manifester sa religion ou ses croyances ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, sont nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la sauvegarde des droits ou libertés d'autrui.

⁴ V., parmi d'autres, F. O. SALVIOLI, 'El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos', *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Cour Interaméricaine des droits de l'homme, Vol. I, 2^{ème} édition, 2003, pp. 679–96.

⁵ Statut de la Commission IADH, Article 20.a. Dans la liste apparaissent également l'article I (droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de la personne), II (Droit à l'égalité devant la loi), IV (Droit à la liberté d'expression), XVIII (Droit à la justice), XXV (Droit de protection contre la détention arbitraire) et XXVI (Droit au procès régulier).

⁶ Comm IADH, *7ème rapport sur Cuba*, chapitre VII, 1983. La traduction est de l'auteur.

⁷ Signalons à ce sujet que la Commission et la Cour ont utilisé également la Déclaration pour interpréter la Convention et donner un sens particulier à certains de ses articles (citons, à titre d'exemple, l'affaire *Baby Boy c. États Unis* (Commission IADH, affaire 2141 ? Rapport n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), § 19.h), dans laquelle la Commission considéra que la Déclaration ne protégeait pas la vie de la conception et que la notion de vie demeura inchangée au sein de la Convention. Ces arguments sont repris dans le très controversé arrêt *Artavia*, qui se prononce sur le droit à la fécondation in vitro (Cour IADH, *Artavia Murillo c. Costa Rica*, arrêt du 28 novembre 2012, Série C, n° 257), voir *infra*.

4. Les parents, et le cas échéant, les tuteurs, ont droit à ce que leurs enfants ou pupilles reçoivent l'éducation religieuse et morale conforme à leurs propres convictions. »

Il concerne donc, en premier lieu, la possibilité de garder sa religion et de pouvoir la changer, trouvant une correspondance sur cet aspect au sein de l'article 9 de la CEDH (même si le droit de garder ou de ne pas être forcé à changer de religion est renforcé au paragraphe 2 de l'article 12 de la CADH). Cependant, la CADH énonce par la suite la liberté non seulement de professer sa propre foi, mais aussi la liberté de *répandre* sa foi ou ses croyances, individuellement ou collectivement, en public ou en privé. Il n'y a pas de disposition équivalente au sein du système européen à ce sujet, car le paragraphe 1 de l'article 9 se réfère uniquement à la liberté de « manifester » sa religion⁸. On le sait, la CEDH ayant été adoptée presque 20 ans avant la CADH, elle a plus de lacunes et un texte moins détaillé en ce qui concerne la liste des droits, par rapport à celle existant au sein de la CADH. Enfin, l'article 2 du Protocole 1 à la CEDH retrouve son miroir dans le paragraphe 4 de l'article 12 de la CADH, qui énonce le droit des parents à que leurs enfants ou pupilles reçoivent l'éducation religieuse qui s'adapte le mieux à ses propres convictions. Or, la référence aux convictions philosophiques est absente au sein du texte interaméricain, et la référence se fait exclusivement à l'éducation religieuse et morale.

L'article 12 s'aligne deuxièmement, bel et bien, aux autres droits à caractère dual de la CADH, tels que la liberté de pensée ou d'expression ou encore les droits politiques. En effet, il s'agit d'un droit à dimension individuelle, car il touche les croyances, l'un des aspects les plus intimes de la personnalité de l'individu, et ce qui constitue la protection de son for interne. Cela est clairement reflété dans le cadre du système interaméricain, émouillant la protection de l'article 9 de la CEDH et de l'article 18 du Pacte des droits civils et politiques, en ce qui concerne l'impossibilité de forcer à quelqu'un de changer de religion ou de professer sa propre foi. Il a toutefois une évidente dimension sociale, le for externe, qui peut impliquer que la violation de ce droit peut avoir des répercussions non seulement de nature purement individuelles, mais également collectives. La liberté religieuse comprend donc la liberté de professer et manifester la foi en privé et en public, ce qui est intimement liée avec l'exercice de la liberté d'expression, un droit avec lequel elle développe un lien quelque peu tomenteux ; elle peut aller également de pair avec la liberté de manifestation, car les manifestations religieuses sont aussi un phénomène collectif courant.

La nature duale des droits soumis à des restrictions a amené à la Cour interaméricaine à développer une jurisprudence riche dans la matière, notamment dans le cadre de la liberté d'expression ; particulièrement attentive et restrictive des limites possibles, cette jurisprudence pourrait servir de guide aux considérations futures en ce qui concerne la liberté de conscience et de religion.

b. Un régime de restrictions dual

Les restrictions n'étant pas incluses dans le cadre de la Déclaration américaine, la CADH a établi de son côté, on le sait, un régime double.

⁸ Terme que la Cour a considéré « qui n'englobe pas tout acte motivé ou influencé par une religion ou une conviction », rendant le régime différent selon que les conduites sont *essentiels* à l'expression d'une religion ou conviction ou il s'agit d'activités *inspirées* ou *encouragées*, Cour EDH *Arrowsmith c. RU*, voir MURDOCH, J. : *La protection du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion par la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2012, notamment pp. 25 et ss.

Premièrement, le paragraphe 3 de l'article 12 de la CADH énonce les buts légitimes qui, si prévus par la loi, pourraient limiter la liberté religieuse : la nécessaire sauvegarde de la sécurité publique, la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou encore la sauvegarde des droits ou libertés d'autrui. La formule « dans une société démocratique » n'est pas reprise dans chaque article de la CADH soumis à des limites, à différence de la CEDH, mais, parmi les buts légitimes, cependant, le parallélisme dans les termes employés est total, car ils y sont énoncés la sécurité publique, la protection de l'ordre, de la santé et de la morale publique et, bien entendu, la sauvegarde des droits d'autrui.

Deuxièmement, ce régime est complété par l'article 30 de la CADH, que, sous l'intitulé « portée des restrictions », énonce que :

« Les restrictions autorisées par la présente Convention à la jouissance et à l'exercice des droits et libertés qui y sont reconnus ne peuvent être appliquées qu'en vertu de lois édictées dans l'intérêt général et uniquement aux fins pour lesquelles ces lois ont été prévues. »

La propre Cour interaméricaine a étudié dans le cadre de son abondante production consultative la signification du terme « lois » au sein de cet article 30⁹. Elle rappelle, tout d'abord, l'importance de l'article 27 de la CADH, qui contient le régime des états d'exception. En effet, le droit à la liberté religieuse est parmi la liste du noyau dur des droits qui ne peuvent pas être suspendus en cas exceptionnelle, ce qui fait à nouveau une différence de départ avec l'article 15 de la CEDH et qui souligne les limites des restrictions à l'article 12, qui sépare aussi sa régulation de celle de la liberté d'expression ou d'association, droits qui ne s'incluent pas dans cette liste. Par la suite, la Cour rappelle que l'article 30 ne peut pas être interprété comme étant une sorte d'autorisation générale pour établir des nouvelles restrictions, mais qu'il est, au contraire, « une condition additionnelle pour que les restrictions, autorisées cas par cas, soient légitimes »¹⁰.

De ce fait, en dehors du besoin du respect du principe de légalité en tant que tel, soit dans le sens de loi formelle ou matérielle, une notion qui a évolué dans la jurisprudence de la Cour¹¹, elle établit deux autres bases du contrôle sur les restrictions qu'elle devra effectuer : il doit s'agir d'une restriction *expressément autorisée* par la Convention et *que* les buts, pour être légitimes, doivent poursuivre *un intérêt général*¹². L'élément téléologique, en l'occurrence de la liberté religieuse, c'est-à-dire, l'intention qui accompagne les restrictions possibles à cette liberté, sont clés pour déterminer si elles sont autorisées et si elles sont nécessaires pour atteindre le dit but.

⁹ V. à ce sujet, l'avis consultatif de la Cour Interaméricaine OC-6/86, du 9 mai 1986, sur *L'expression 'lois' au sein de l'article 30 de la Convention américaine des droits de l'homme*. V. également A. UBEDA DE TORRES, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América*, Reus, Madrid, 2007, pp. 353 et ss.

¹⁰ *Ibidem*, §17.

¹¹ Tant la légalité 'formelle' que la légalité au sens 'matérielle' font partie de la notion de « loi », telle qu'interprétée par la Cour Interaméricaine des droits de l'homme. Ainsi, si la loi doit être adoptée par les organes législatifs démocratiquement élus et selon les exigences de la Constitution, dans l'avis consultatif OC-14/94, la Cour affirma que « l'adoption ('*expedición*') d'une loi manifestement contraire aux obligations internationales acceptées par l'Etat au moment de ratifier ou de s'adhérer à la Convention, constitue une violation de celle-ci et, au cas où cette violation touche les droits et libertés des individus identifiables, elle donne lieu à la responsabilité internationale étatique » (Cour IADH, Avis consultatif OC-14/94, du 9 décembre 1994, *Responsabilité internationale relative à l'élaboration et à la mise en application des lois contraires de la Convention (Articles 1 et 2 de la CADH)*, point résolutif 1).

¹² *Ibidem*, § 18.

En fin, impossible de lire l'article 30 sans tenir compte de l'article 32.2 de la CADH, qui énonce in fine que « les droits de chaque personne sont limités par les droits d'autrui, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien commun, *dans une société démocratique* »¹³, introduisant la sacrosaint formule si employée par la Cour européenne des droits de l'homme, reçue au sein de la Convention américaine par une proposition venant du Brésil¹⁴. Il s'agirait d'une limite des restrictions possibles qui ne s'applique pas de façon automatique, mais qui devient applicable aux droits non absolus qui ne comptent pas avec une clause de restriction spécifique¹⁵. Les notions de bien commun et ordre public, à leur tour, n'ont pas une définition unique et ultime et doivent être interprétées à la lumière de la notion de société démocratique. En effet, selon la Cour, « quand elles sont invoquées en tant que fondement des limites aux droits de l'homme, elles doivent faire l'objet d'une interprétation strictement liée par les exigences de la 'société démocratique', qui prend en considération les différents intérêts en jeu et le besoin de préserver l'objet et le but de la Convention »¹⁶. Des propos qui démontrent bien le rôle si important qui joue le développement prétorien de la Convention en matière des limites des droits.

B. Des outils prétoriens adaptés

Si la Cour interaméricaine a développé une si maigre jurisprudence concernant la protection de la liberté religieuse, ce n'est pas par manque des outils adéquats à sa protection. Au contraire, les méthodes d'interprétation utilisées par la Cour ont servi à déceler et définir de façon précise les restrictions possibles des droits qui découlent de la Convention, trouvant l'équilibre toujours difficile entre la protection des droits, d'un côté, et la défense de l'Etat démocratique et de l'intérêt général de l'autre. Le système interaméricain a également poussé le besoin d'une interprétation conforme du droit interne à la lumière du droit de la Convention américaine à travers la montée en puissance du contrôle de conventionalité, un besoin et un atout redoutable pour le système.

a. Des méthodes d'interprétation dynamiques

Bien que l'interprétation audacieuse des organes du système interaméricain ait été mise en exergue par la doctrine¹⁷, des arrêts récents ont fait preuve d'une vraie approche pédagogique à la question des méthodes employées par la Cour. Tout d'abord, elle met en avance les normes de la Convention de Vienne sur le droit des traités et, plus concrètement, son article 31.1, selon lequel « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Ces règles d'interprétation (bonne foi, sens ordinaire, contexte, objet et but) doivent être appliquées sous le prisme du principe *pro homine* si cher à la Cour interaméricaine et, pour ce

¹³ C'est nous qui soulignons.

¹⁴ OEA : *Conférence Interaméricaine Spécialisée tenue à San José du 7 au 22 novembre 1969*, préalable à l'adoption de la Convention américaine des droits de l'homme, Rapports, p. 306

¹⁵ Cour IADH, Avis consultatif, OC-5/85, du 13 novembre 1985, sur *L'affiliation Obligatoire des Journalistes (articles 13 et 29 de la CADH)*, § 65.

¹⁶ Cour IADH, *Ibidem*, §§66 et 67.

¹⁷ V., parmi d'autres, GROS ESPIELL, H.: "Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa", *NIETO NAVIA, R. (ed.): La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 1994, pp. 235 et ss.; T. McCANN, "The American Convention on Human Rights: toward uniform interpretation of Human Rights Law", *Fordham Int'l. L. J.*, vol. 6, 1982-1983, pp. 610-635; P. WACHSMANN, « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », SFDI: *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg, Pedone, Paris, 1998, pp. 157-196.

faire, il est nécessaire d'appliquer les normes de la Convention de Vienne comme un tout, de façon homogène¹⁸. En effet, l'objet et le but de la Convention américaine étant la protection de la personne, une vision téléologique de la question est le seul moyen à travers lequel les organes interaméricains peuvent conduire leur analyse.

Dans l'arrêt *Artavia Murillo et al c. Costa Rica*, aussi connu comme l'affaire « Fécondation in vitro », la Cour explique très soigneusement comment appliquer la méthode téléologique à l'interprétation des limites aux droits. En effet, le principe *pro homine* établit clairement le besoin d'interpréter restrictivement les limitations possibles. Or, cela ne veut pas dire ignorer pour autant les autres critères d'interprétation, à savoir, l'interprétation textuelle, l'interprétation systématique et l'historique. La Cour met en relief que « les normes doivent être interprétées comme faisant partie d'un tout dont la signification et la portée doivent être établies en fonction du système juridique auquel ils appartient. Ainsi, la Cour a considéré que, dans l'interprétation d'un traité, il faut prendre en compte non seulement les accords et les instruments formellement liés à celui-ci (article 31.2 de la Convention de Vienne), mais également l'intérieur du système dans lequel il s'insère (article 31.3 de la Convention de Vienne), *id est*, le droit international des droits de l'homme »¹⁹. Dans le cadre de l'interprétation téléologique, c'est le but même du système régional de protection qui est sous analyse, et donc « les interprétations téléologique et systématique sont directement liées »²⁰.

Combinée avec le besoin d'interpréter la Convention à la lumière des conditions de vie actuelles et de mettre en œuvre *l'effet utile* des droits, l'interprétation téléologique est devenue un outil clef pour délimiter les restrictions des droits. Cependant, la Cour interaméricaine n'a pas pour autant donné le feu vert pour négliger l'importance de l'interprétation textuelle²¹, même si elle a constamment privilégié le principe *pro homine* et a adopté une attitude pour le moins audacieuse en ce qui concerne l'analyse du sens littéral des dispositions de la Convention²². En effet, la juridiction de San José a affirmé à maintes reprises que l'interprétation qu'elle mène n'a pas comme but la création des nouvelles obligations à la charge des Etats non existantes au sein de la Convention ; or, elle a bien dégagé une protection initialement non prévue dans la lettre de la Convention dans les cas où elle l'a considérée comme nécessaire pour servir l'objet et le but des traités²³. Le développement du rôle de contrôle du droit interne a permis également à la Cour de développer la protection des droits, en mettant en œuvre une notion particulière du principe de subsidiarité, si cher au droit international.

b. Un control de *conventionalité* réinventé

L'importance de l'article 2 de la CADH, il a été déjà souligné auparavant, est indéniable. Il ne s'agit pas seulement, on le sait, d'un simple devoir d'adopter des mesures d'ordre interne qui permettent de faire face aux obligations internationales qui pèsent sur l'Etat. L'article 2

¹⁸ Cour IADH, *Affaire Champ de coton (González et al) c. Mexique*, arrêt du 16 novembre 2009, Série C, n° 205, § 33.

¹⁹ Cour IADH, *Artavia Murillo c. Costa Rica*, arrêt du 29 novembre 2012, Série C, n° 257, §191.

²⁰ *Ibidem*, §257.

²¹ L. CAFLISH et A. A. CANÇADO TRINDADE, « Les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP*, 2004-I, p. 12.

²² C'est qui a suscité des nombreuses controverses, notamment à propos de la récente affaire *Artavia*, où la Cour a interprété que le terme *conception*, tel qu'il apparaît au sein de l'article 4 de la Convention américaine, se réfère à l'implantation et non à la fécondation de l'ovule. Le juge Vio Grossi a rendu une opinion dissidente à cette affaire, en critiquant la Cour interaméricaine pour ne pas avoir, à son avis, respecté le sens courant des termes conventionnels, mais avoir interprété la Convention selon des méthodes complémentaires, « ayant fait référence au sens spécial des termes » (opinion du juge Vio Grossi à l'arrêt *Artavia Murillo c. Costa Rica*, pp. 16 et ss.).

²³ A. UBEDA DE TORRES, *Democracia y derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 361 et ss.

dépasse le cadre pure du droit international général qui contient la règle relative à l'impossibilité d'utiliser le droit interne comme une excuse pour ne pas faire face aux obligations internationales. Cette disposition donne à la Cour interaméricaine l'appui non seulement pour demander l'adéquation du droit interne au droit conventionnel, mais également pour balayer les législations nationales contraires à la CADH du « simple » fait de leur manque de conformité avec la Convention. L'article 2 contribue donc de façon importante à l'harmonisation législative des Etats du système ou, plutôt, à sa métamorphose²⁴. La Cour a ainsi exercé le contrôle de conventionalité sur l'ensemble des actes étatiques, les agissements de l'Etat considérés de façon globale ou « intégrale »²⁵, 'tant ce contrôle concentré face au contrôle diffus exercé par les juridictions nationales²⁶.

Si l'article 2 est connu pour avoir eu des répercussions cruciales dans le cadre des affaires relatives aux lois d'impunité, il a été utilisé également pour analyser la conformité avec la Convention de toute législation, incluant celle en matière de liberté d'expression ou même de liberté religieuse. Ainsi, dans l'affaire sur la *Dernière Tentation du Christ* (affaire *Olmedo Bustos c. Chili*²⁷), seule occasion dans laquelle la Cour a eu, ne serait-ce que de façon indirecte, à se prononcer sur des questions liées à la liberté religieuse, on trouve un exemple marquant de l'utilisation de l'article 2 par la Cour. Malgré le fait que l'Etat avait allégué que la Constitution en pleine phase de réforme pour amender la partie qui avait rendu possible l'interdiction du film, la Cour rappelle que :

« [elle] entend que la responsabilité internationale de l'Etat peut se déclencher par des actions ou omissions de n'importe quel organe de celui-ci, indépendamment de sa hiérarchie, qui violent la Convention américaine. Cela veut dire que tout acte ou omission attribuable à l'Etat en violation des normes du droit international des droits de l'homme engage la responsabilité internationale étatique. Dans le cas d'espèce, celle-ci a été engagée du fait que l'article 19.12 de la Constitution prévoit une censure au préalable dans la production cinématographique et, donc, cerne l'action des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire »²⁸

Dans le cas d'espèce, il ne s'agissait pas seulement que la Constitution en soi était contraire à la CADH, mais, en plus, que cela avait rendu possible la décision de la Cour Suprême confirmant l'interdiction du film, ce qui entraîna, en outre, la violation de l'article 2.

Or, si le cadre juridique de la liberté religieuse est propice à la protection, le développement jurisprudentiel n'a pas suivi, les organes du système ayant eu très peu d'occasions de mettre en œuvre ses techniques interprétatives dans ce domaine.

²⁴ Dans l'expression de L. BURGORGUE-LARSEN, « Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 149-180.

²⁵ Suivant la terminologie, employé dans le cadre interaméricain pour la première fois par le célèbre juriste mexicain et ancien Président de la Cour S. GARCIA RAMIREZ dans son opinion conforme à l'affaire *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (Cour IADH, arrêt du 25 novembre 2003, §27 de l'opinion concordante).

²⁶ Tel qu'établi dans l'affaire *Almonacid Arellano c. Chili*, qui encourage les juges internes non seulement à appliquer les lois dans le respect de l'état de droit, mais notamment à interpréter ces lois de façon conforme à la CADH, exerçant un contrôle de *conventionalité* de l'ordre juridique à la Convention américaine nécessaire quand le pouvoir législatif a été défaillant (Cour IADH, arrêt du 26 septembre 2006, § 123). Voir sur cette question l'extense ouvrage du juge E. FERRER-MAC GREGOR, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, 2013, notamment pp. 674 et ss.

²⁷ Cour IADH, 5 février 2001, Série C, n° 73.

²⁸ *Ibidem*, §72.

II. Un développement jurisprudentiel inachevé

La seule affaire dans laquelle la Cour a eu à énoncer et analyser quelques éléments relatifs à la protection de la liberté de religion, tel qu'il a été annoncé, est le si célèbre affaire la *Dernière Tentation du Christ* contre le Chili ; elle a eu à de très peu reprises des affaires à ce sujet, tout comme la Commission, mais elle n'a pas développé une argumentation sur la question, mettant en exergue un contentieux limité tant du fait du maigre nombre d'affaires soumis comme d'occasions manquées.

A. Un contentieux manquant

Le film de Scorsesse a donné lieu à des arrêts et à des réactions vifs partout au monde. Au moment où son interdiction s'est produite au Chili, le débat ne s'est pas conduit à titre principal dans le cadre de la liberté religieuse, mais il s'est inscrit plutôt dans le cadre de la liberté d'expression et ses limites, surtout l'équilibre entre expression et liberté de création. On le sait, Chili a donné lieu aux affaires les plus importantes dans le cadre de la liberté d'expression, étant un pays qui a passé d'une dictature violente avec une répression des opinions différentes à un système démocratique basé sur le principe de la liberté d'expression. C'est la raison des nombreuses affaires rendues concernant la censure sur des livres, pièces de théâtre, programmes de télévision et films, qui se développe sur le plan interne dans les années 90 et qui se base sur une prééminence du droit à l'honneur sur la liberté d'expression²⁹. La Constitution chilienne établissait dans son article 19.2 un système de censure pour les films, géré par le Conseil de qualification cinématographique. Ce Conseil avait rejeté la projection du film *La Dernière Tentation du Christ* en 1988, mais l'autorisa en 1996 pour les majeurs, ce qui fut contesté devant les cours nationales. Celles-ci décidèrent en fin d'interdire la projection du film au motif qu'il était offensif pour l'image du Christ, affirmant que « dans le film l'image du Christ est déformée et minimisée au maximum, et ce faisant le problème posé est celui de savoir si, pour défendre la liberté d'expression, on peut porter atteinte aux croyances d'un nombre important d'hommes. La Constitution cherche la protection de l'homme, ses institutions et ses croyances en tant qu'éléments primordiaux de la cohabitation et appartenance à un monde pluraliste ».³⁰

Si l'article 13, relatif à la liberté d'expression, est violé du fait de l'interdiction, la Commission, à l'époque étant toujours devant la Cour la voix représentant les requérants³¹, doit demander à la Cour également de se prononcer sur la violation de l'article 12. Or, l'argument est assez faible et même maladroit : après avoir demandé la violation de la liberté d'expression du fait de la prohibition du film, ils allèguent une prétendue violation de la liberté de conscience de la société chilienne qui, ne pouvant pas voir le film, ne peut pas former son propre avis sur les idées qui s'y contiennent. C'est donc un certain « droit à l'information religieuse » que le film aurait pu apporter les éléments fournis et avancés sous l'angle de l'article 12. Non seulement cette argumentation s'inscrit plutôt dans un débat qui relève de la liberté d'expression et donc de l'article 13 de la CADH, qui reconnaît le droit à diffuser et à recevoir des informations de façon explicite, mais elle est clairement en dehors du cadre de l'article 12, car il est évident, comme le dit la propre Cour IADH, que

²⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, A. UBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights. Case-law and commentaries*, OUP, 2011,

³⁰ Corte IDH, *Olmedo Bustos*, *Ibidem*, § 78, argument donné par la Cour d'Appel de Santiago, confirmé par la Cour Suprême du Chili.

³¹ Il faut attendre le changement réglementaire de 2009 pour que le *locus standi in judicio* des requérants s'achève et la Commission n'ait plus un rôle double et parfois contradictoire, étant d'abord la première instance de recevabilité des requêtes et par la suite représentante des requérants.

l'interdiction de l'exhibition du film n'a privé personne de son droit de garder, changer, professer ou divulguer ses croyances librement.

B. Un contentieux manqué

Le reste du contentieux relatif à la liberté religieuse est arrivé exclusivement devant la Commission IADH, pour la plupart dans des affaires relatives aux témoins de Jehova, à l'exception de l'affaire *Massacre Plan de Sanchez c. Guatemala*³², qui met en exergue la question de la protection des croyances et cérémonies religieuses des peuples indigènes.

La Commission a eu occasion au long de ses nombreux rapports de se prononcer au sujet de la liberté religieuse, pour la plupart sur Cuba jusqu'au changement de sa Constitution en 1992³³, mais aussi sur d'autres pays, tels que le Guatemala³⁴, le Nicaragua³⁵ ou El Salvador³⁶ vis-à-vis de la persécution des prêtres catholiques pendant les gouvernements militaires et les moments de conflit³⁷ ou encore, plus récemment, le Venezuela et le harcèlement des membres de la communauté juive³⁸. Au Guatemala dans les années 90, la Commission s'est prononcée dans le cadre d'une communication individuelle relative à une religieuse de nationalité américaine ayant été séquestrée, torturée et violée en vertu d'une prétendue activité subversive, qui avait comme but réel, selon la Commission, l'exercice de son travail dans le cadre religieux³⁹. Cependant, la plupart des affaires traitées concernent, comme annoncé, les Témoins de Jehova, très actifs dans le cadre des litiges tant sur le plan international comme sur le plan interne. Les affaires les plus anciennes concernent le Décret 1867 adopté par le gouvernement militaire argentin en 1976, sous le temps de la dictature, qui interdisait l'activité des témoins de Jehova dans le pays⁴⁰.

Plus récemment, d'autres affaires soulèvent des problèmes qui ont plus de parallélisme avec le contentieux européen ; un exemple est l'affaire *Alfredo Diaz Bustos c. Bolivie*⁴¹, où un Témoin de Jehova se plaignait de l'attente à sa liberté religieuse du fait qu'il ne pouvait pas être exonéré du service militaire, tandis que les catholiques le pouvaient. Si l'affaire fut rayé du rôle en 2005 en vertu d'un règlement à l'amiable, en trouvant une solution pour la situation pour M. Bustos, les autorités boliviennes s'engagèrent à inclure le droit à l'objection de conscience dans le cadre du service militaire. Or, cela n'a pas encore tranché : ni la Bolivie a clairement réglé le droit à l'objection de conscience dans sa législation ni il y a eu, entretemps, des autres affaires qui ont statué sur le fait de savoir si l'article 12 implique ou protège le droit à l'objection de conscience. Dans l'affaire *Cristián Daniel Sahli Vera et al.*

³² Cour IADH, *Massacre Plan de Sanchez c. Guatemala*, arrêt du 29 avril 2004, Série C, n° 105.

³³ Com IADH, *7ème Rapport sur Cuba*, 1983, chapitre VII.

³⁴ Com IADH, *Rapport sur Guatemala*, 1981, chapitre VI.

³⁵ Com IADH, *Rapport sur Nicaragua*, 1978, chapitre VI.B.

³⁶ Com IADH, *Rapport annuel 1983-1984*, Chapitre V sur El Salvador ; v. également le *Rapport sur El Salvador de 1978*, chapitre VIII.

³⁷ V. ARLETTAZ, F., « La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos », *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2011, n° 1, pp. 39-58.

³⁸ Com IADH, *Rapport annuel*, Venezuela, 2008, paras. 364-367.

³⁹ Com IADH, affaire 10526, 16 octobre 1996. La Commission conclut dans cette affaire à la violation de l'article 12 en raison des liens étroits entre le travail de la religieuse et les faits, mais elle aurait pu également développer ces arguments dans le cadre de la liberté personnelle et l'intégrité physique.

⁴⁰ Com IADH, affaire 2137, *Argentine-Témoins de Jehova*, 18 novembre 1978 ; v. aussi Com IADH, résolution n.° 2/79, 5 mars 1979, déclarant la violation de la liberté religieuse sous l'angle de la Déclaration américaine et demandant l'abrogation du décret. Le Paraguay de Stroessner adopta la même vision vis-à-vis des Témoins de Jehova, v. FIX-ZAMUDIO, H. : « La libertad religiosa en el sistema interamericano de proteccion de los derechos humanos », in *Libertad religiosa*, UNAM, Mexique, 1996, pp. 506 et ss.

⁴¹ Alfredo Díaz Bustos v. Bolivia, Admissibility Petition 14/04, Inter-Am. C.H.R., Report No. 52/04, OEA/Ser.L./V/II.122, doc. 5. rev. 1, 1-2 (2004), available at <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004eng/Bolivia.14.04eng.htm>

*Chili*⁴², la Commission déclara irrecevable la requête pour considérer que l'objection de conscience est protégée au sein de la CADH seulement si le pays l'a énoncé en tant que droit dans sa législation interne. Cela découlerait de la lecture combinée de l'article 12 avec l'article 6.3.b de la Convention, selon lequel « tout service de caractère militaire et, dans les pays où l'exemption d'un tel service est accordée aux objecteurs de conscience, tout service national qui en tient lieu aux termes de la loi ». Il n'y a donc pourtant aucune obligation internationale de régler ou reconnaître l'objection de conscience⁴³.

L'autre type d'affaires ayant un rapport avec la protection de la liberté religieuse concerne les indigènes et leurs croyances. La Cour et la Commission ont affirmé que les Etats doivent tenir en compte les particularités des peuples indigènes et de leur mode de vie, ce qui est construit sur la base « de son lien si étroit avec leurs terres traditionnelles et de ses ressources, non seulement en tant que moyen de survie, mais aussi en tant qu'un élément constituant leur cosmologie, religiosité et, donc, identité culturelle »⁴⁴. L'accès aux lieux sacrés et la préservation de leur religiosité est au cœur de cette jurisprudence, mais elle est axée sur l'accès aux terres et le droit à la propriété collective, et, donc, l'article 21 de la Convention (et non l'article 12)⁴⁵. Seulement dans *Massacre Plan de Sánchez*⁴⁶, la Cour conclut à la violation de l'article 12 de la CADH à l'encontre de la communauté indigène Maya Achi. Or, l'Etat ayant fait une reconnaissance de sa responsabilité internationale pour les faits et les griefs soumis par la Commission, la Cour ne se prononce pas sous l'angle de la liberté religieuse, mais se limite à constater la dite reconnaissance et la violation de la Convention, sans faire pour autant des développements jurisprudentiels. Sans doute une occasion manquée pour développer une jurisprudence longtemps attendue.

Pouvons-nous réfléchir à la lutte contre l'impunité dans les cas de massacres et des disparitions forcées, préoccupation première des organes du système, comme l'une des raisons d'un si maigre contentieux dans la protection de la liberté de religion? Il est bien connu que des organisations non gouvernementales, telles que le Centre pour la justice et le droit international (CEJIL) ont été (et continuent de l'être) les moteurs du système, choisissant les affaires qui concernent des situations endémiques et particulièrement graves de violations des droits de l'homme liées à l'histoire du continent. En effet, la Cour Interaméricaine s'est prononcé sur presque 200 affaires au long de son existence, des affaires qui ont souvent impliqué des bouleversements et des changements marquants pour les pays, dès premières affaires contre Honduras en matière de disparitions forcées, à la jurisprudence bien établie en matière de lutte contre l'impunité.

Cependant, il y a, c'est un fait, une diversification du contentieux interaméricain : accès à l'information, droit à la propriété, fécondation in vitro, droits de garde des enfants, adoption par des personnes homosexuelles... sont quelques-uns des affaires récentes qui se sont développées, le contentieux en matière de liberté religieuse pouvant donc s'ajouter à la liste prochainement. Le cadre conventionnel offrant un cadre juridique propice à la protection de la

⁴² Com IADH, affaire 12.219, *Cristián Daniel Sahli Vera et al. C. Chili*, rapport 43/05, 10 avril 2005.

⁴³ V. ARLETTAZ, F., *op. cit.*, p. 49.

⁴⁴ Cour IADH, *Communauté indigène Yakie Axa c. Paraguay*, arrêt du 17 juin 2005, Série C, n° 125, § 135.

⁴⁵ La Commission a mis en exergue le rapport entre spiritualité et terres ancestrales en raison des cimetières, l'existence de lieux sacrés et les cultes et cérémonies religieuses, mais elle n'a pas pour autant conclu à la violation de l'article 12 de la CADH (Com IADH, affaire 7615, *Tim Coulter et al., violations des droits du peuple indigène Yanomani c. Brésil*, rapport 12/85, 05 mars, 1985 ; Com IADH, affaire 11140, *Mary et Carrie Dann c. Etats Unis*, rapport 75/02, 27 décembre 2002 ; Com IADH, affaire 12053, *Communautés indigènes Mayas du district de Toledo c. Belize*, rapport 40/04, 12 octobre 2004, §155).

⁴⁶ Cour IADH, arrêt du 29 avril 2004, Série C, n° 105.

liberté religieuse, il semble nécessaire chercher des facteurs exogènes au système : les possibles différences entre les Etats en ce qui concerne la régulation des rapports entre l'Etat et l'église ou, encore, la grande majorité catholique au sein de continent, plus concerné par la protection de la vie « dans tous ces sens », la crise financière endémique du système et les menaces de paralysie constantes découlant du contexte politique difficile au sein de l'OEA n'ont pas encouragé une action en faveur des groupes minoritaires... pour l'instant.

La liberté de religion dans le système africain de protection des droits de l'homme

Roger Koussetogue KOUDE

Maître de Conférences à l'Institut des droits de l'homme de Lyon (IDHL) où il enseigne le Droit international, la Géopolitique et la Philosophie des droits de l'homme. Chercheur à la Chaire UNESCO « Mémoire, Culture et Interculturalité » de l'Université catholique de Lyon et Coordinateur scientifique de la Revue Études interculturelles.

ARGUMENT GENERAL

A l'instar des autres systèmes de protection des droits de l'homme, le système africain consacre et garantit par divers instruments la liberté de religion, notamment au travers de l'instrument de base qui est la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1991 (ci-après, la Charte africaine).

Il importe, cependant, d'évaluer :

- L'autorité réelle et les garanties de protection de la liberté de religion, telles qu'elles résultent de l'instrument africain susvisé ;
- Le degré d'effectivité de ce droit au travers de quelques affaires traitées par les instances africaines, notamment la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après, la Commission africaine).

Une telle approche permet de dégager quelques particularités du droit à la liberté de religion dans le système africain de protection des droits de l'homme, de relever les limites éventuelles dudit droit et, à l'occasion, émettre opportunément quelques questions et/ou explications sur cet état des choses.

Notre analyse part d'un double constat de base, à savoir :

- Le dispositif africain de protection de la liberté de religion est assez réduit, imprécis et logiquement peu protecteur dans son énonciation ;
- L'activité « jurisprudentielle¹ » des instances africaines relative à la liberté de religion demeure très faiblement étayée par rapport aux autres catégories de droits consacrées par la Charte africaine. Ce qui ne permet pas d'avoir de précisions suffisantes quand au contenu opérationnel de la liberté de religion, telle qu'elle est consacrée par l'instrument africain.

En partant de ce qui précède, l'analyse de la question peut se décliner sous deux modalités :

¹ Pour des raisons évidentes, nous mettons entre guillemets le concept de « jurisprudence » pour son premier emploi, en nous reportant aux activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples qui, en effet, n'a pas de compétence juridictionnelle proprement dite. Toutefois, pour la suite de notre réflexion, à la fois pour des raisons de commodité ainsi qu'en raison de son autorité progressivement acquise par la Commission africaine, nous jugeons utile de retirer lesdits guillemets.

- D'abord, nous allons nous intéresser au dispositif normatif de protection de la liberté de religion dans le système africain de protection des droits (I) ;
- Ensuite, il s'agira de la dimension opérationnelle de la question au travers de quelques affaires ayant fait l'objet de recours devant l'instance de Banjul (II).

Aussi, conviendrait-il de terminer par quelques perspectives, à la fois explicatives et interrogatives, sur la liberté de religion en Afrique.

I. le dispositif normatif africain de protection de la liberté de religion

A différence des systèmes onusien et européen, par exemple, le dispositif normatif africain de protection de la liberté de religion est assez pauvre et imprécis. Ainsi, la Charte africaine précitée, qui est l'instrument de base du système africain, ne consacre qu'un seul article à la liberté de religion, couplé d'ailleurs à la liberté de conscience.

Pour cette partie consacrée au dispositif normatif de protection de la liberté de religion dans le système africain, nous nous référerons bien évidemment à la Charte africaine (A) mais aussi aux instruments additionnels (B) qui, dans leurs dispositions diverses, intègrent la problématique de la liberté de religion.

A. La liberté de religion dans la Charte africaine

La Charte africaine consacre la liberté religieuse par un article unique, l'article 8 qui est libellé comme suit : « *La liberté de conscience, la profession et la pratique libre de la religion sont garanties. Sous réserve de l'ordre public, nul ne peut être l'objet de mesures de contrainte visant à restreindre la manifestation de ces libertés* ».

Il nous paraît évident que la garantie de la liberté de religion, couplée ainsi à la liberté de conscience, est loin d'être pleinement satisfaisante. Les deux libertés sont énoncées en des termes imprécis et, assez logiquement, peu protecteurs². En effet, si la disposition susmentionnée garantit formellement la liberté de conscience et de religion, elle se garde bien de préciser le contenu opérationnel de ces libertés. Qu'entend t-on précisément par la profession et la pratique libre de la religion ? Ainsi que le fait l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, il aurait été juridiquement pertinent que l'instrument africain mentionne expressément les éléments fondamentaux et pratiques de ce que l'on entend par liberté de religion. L'article 18 du Pacte de 1966 précité, faut-il le rappeler, prévoit la faculté pour l'individu de manifester sa religion ou sa conviction « *individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement* ». Le paragraphe 4 du même article consacre également la liberté des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

On ne peut que s'interroger quant à la déclinaison pratique de l'article 8 de la Charte africaine en se référant comparativement à l'article 18 du Pacte de 1966 ou encore à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, la liberté de conscience et de religion mentionnée à l'article 8 de la Charte africaine consiste-t-elle pour l'individu uniquement à avoir de convictions ou de religion ou également d'en changer ? Une telle précision aurait été

² OUGUERGOUZ F., *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Paris, Presses universitaires de France, 1993, pp. 111-113.

judicieuse et aurait pour mérite de dissiper tout malentendu, comme c'est le cas notamment de l'article 18 susvisé qui dispose que ce droit implique « *la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix*³ ».

Ainsi que le relève à juste titre Fatsa Ouguerouz, de telles précisions auraient aussi pour mérite de constituer de contrepois efficaces aux dispositions des articles 27, alinéa 2, et 29, alinéa 7 de la Charte africaine relatifs aux devoirs de l'individu qui sont des dispositions assez générales. En effet, l'article 27, alinéa 2 dispose : « *Les droits et les libertés de chaque personne s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun* ». Et l'article 29, alinéa 7, aux termes duquel l'individu a en outre le devoir « *de veiller, dans ses relations avec la société, à la préservation et aux renforcements des valeurs culturelles africaines positives, dans un esprit de tolérance, de dialogue et de concertation et, d'une façon générale, de contribuer à la santé morale de la société* ».

On peut s'interroger sur l'étendue réelle des libertés énoncées à l'article 8 de l'instrument africain qui pose par ailleurs des limitations à l'exercice desdites libertés en des termes tout aussi générales : « *Sous réserve de l'ordre public, nul ne peut être l'objet de mesures de contrainte visant à restreindre la manifestation de ces libertés* ». En effet, cette disposition implique, *a contrario*, que des mesures de contraintes pourraient être prises à l'encontre de l'individu si, dans la manifestation des libertés susmentionnées, celui-ci trouble ou risque de troubler l'ordre public. Cette disposition assez générale est susceptible de générer des abus divers, surtout que la notion d'ordre public est variable selon les sociétés, les époques ou encore les régimes⁴.

Comme déjà évoqué, le contenu de l'article 8 de la Charte africaine reste imprécis et surtout peu protecteur de la liberté de conscience et de religion qu'il consacre pourtant. Dans ses autres dispositions, l'instrument africain ne fait guère référence de façon précise à la liberté de religion en tant que telle. Cependant, les instruments additionnels à la Charte de Banjul permettent d'étendre utilement la base normative de la liberté de religion dans le système africain de protection des droits de l'homme.

B. La liberté de religion dans les instruments additionnels à la Charte africaine

Il s'agit ici d'évaluer le degré d'intégration, les garanties de protection ainsi que la place accordée à la liberté de religion dans les instruments complémentaires à la Charte africaine, notamment :

³ Article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques :

« 1. *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.*

2. *Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.*

3. *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.*

4. *Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions ».*

⁴ Comme le rappelle à juste titre Fatsa OUGEROUZ (*La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, op. cit., p. 112), l'ordre public est une vaste conception d'ensemble de la vie en commun sur le plan politique et administratif ; son contenu étant forcément variable selon les sociétés, les époques ou les régimes (Voir aussi Raymond GUILLIEN & Jean VINCENT, *dir.*, *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 1985, p. 316 ; Jean RIVERO, *Droit administratif*, 9^{ème} édition, Paris, 1980, p. 427).

- La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990⁵ (1) ;
- Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme de 2003⁶ (2) ;
- Et la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance de 2007⁷ (3).

1. La liberté de religion dans la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant

La liberté de religion est évoquée dans cet instrument, en son article 9, en ces termes :

« *Tout enfant a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (1). Les parents et, le cas échéant, le tuteur légal, devront fournir conseils et orientations dans l'exercice de ces droits d'une façon et dans la mesure compatibles avec l'évolution des capacités et l'intérêt supérieur de l'enfant (2). Les parties à la présente Charte doivent respecter l'obligation des parents et, le cas échéant, du tuteur légal, de fournir conseils et orientations dans la jouissance de ces droits, conformément aux lois et politiques nationales en la matière (3) ».*

Comme le fait remarquer Habib Gherari, les dispositions de l'article 9, alinéa 1, ne peuvent que heurter la conception des pays africains musulmans pour lesquels la religion du père est déterminante et l'islam, la religion d'Etat⁸. Aussi, l'auteur montre-t-il que les alinéas 2 et 3 de l'article 9 susvisé sont difficilement conciliables. En effet, aux termes de l'alinéa 2, les parents et, le cas échéant, le tuteur légal doivent fournir « *conseils et orientations* » à l'enfant dans l'exercice de ses libertés de pensée, de conscience et de religion, d'une part. D'autre part, l'alinéa 3 ajoute que cette obligation des parents ou du tuteur légal, si elle est à respecter par les Etats parties à la Charte de 1990, doit néanmoins être conformes aux « *lois et politiques nationales applicables en la matière* ». On voit bien qu'il ne reste pas grand-chose des droits et libertés énoncés aux alinéas 1 et 2 de l'article 9 précité si, en même temps, la loi nationale prévoit que telle religion ou telle doctrine est celle de l'Etat et, de ce fait, doit s'appliquer à toutes les personnes sous sa juridiction.

C'est donc dire que ce qui apparaît *a priori* comme un progrès, notamment par rapport à l'article 8 de la Charte de Banjul, montre rapidement ses limites par ces restrictions générales à la liberté de religion et/ou de conscience reconnues pourtant comme l'un des droits fondamentaux de l'enfant et de ses parents ou tuteur légal.

2. La liberté de religion dans le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme

⁵ Adoptée à Addis Abeba (Ethiopie) lors de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine (OUA, aujourd'hui Union africaine) qui s'est tenue du 9 au 11 juillet 1990 (AGH/Rés. 197 (XXVI) ; texte in *African Journal of International and Comparative Law*, mars 1991, Tome 3, p. 191).

⁶ Adopté à Maputo (Mozambique) par la II^{ème} Session ordinaire de la Conférence de l'Union africaine, tenue le 11 juillet 2003.

⁷ Adoptée à Addis Abeba (Ethiopie) par la XXVIII^{ème} Session ordinaire de la Conférence de l'Union africaine, tenue le 30 janvier 2007.

⁸ GHERARI H., « La Charte africaine des droits de l'homme et du bien-être de l'enfant » (note), *Etudes internationales*, vol. 22, n°4, 1991, pp. 735-751 ; Voir aussi à ce sujet : BENNOUNA M., « La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant », *Annuaire français de droit international*, 1989, p. 439, note 25.

L'on se référera en particulier aux articles 5. *b* (« *Eliminations des pratiques néfastes* ») et 6. *c* & *i* (« *Mariage* ») qui, sans consacrer la liberté de religion en tant que telle, font mention de certaines pratiques traditionnelles de caractère possiblement religieux et/ou culturel. Cependant, indépendamment du caractère religieux et/ou culturel de ces pratiques, le Protocole de 2003 les considère comme « néfastes » et attentatoires aux droits fondamentaux de la femme. Aussi, les Etats partie s'engagent-ils à « *interdire par les mesures législatives assorties de sanctions, toutes formes de mutilation génitale féminine, la scarification, la médicalisation et la para médicalisation des mutilations génitales féminines et toutes autres pratiques néfastes* »⁹. Ils condamnent toutes les formes de « *pratiques qui affectent négativement les droits humains des femmes et qui sont contraires aux normes internationales* »¹⁰, tout en encourageant la monogamie « *comme forme préférée du mariage* » et les droits de la femme dans le mariage et au sein de la famille, y compris dans les relations conjugales polygamiques, sont défendues et préservées¹¹».

3. La liberté de religion dans la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance

Cet instrument, qui intervient dans un contexte de démocratisation des Etats africains après une longue parenthèse du système de partis uniques, de dictature voire de régimes criminels, prend en compte la liberté religieuse, notamment la non-discrimination religieuse et le respect de la liberté religieuse. Aux termes de l'article 8 dudit instrument, se décline cette prise en compte du droit à la protection des catégories particulières et/ou minoritaires : « *Les Etats parties éliminent toutes les formes de discriminations, en particulier celles basées sur l'opinion politique, le sexe, la religion et la race ainsi que toute autre forme d'intolérance* (1). *Les Etats parties adoptent des mesures législatives et administratives pour garantir les droits des femmes, des minorités ethniques, des migrants et des personnes vivant avec un handicap, les réfugiés et des personnes déplacées et de tout autre groupe social, marginalisé et vulnérable* (2) ».

L'on notera l'absence remarquable des minorités religieuses parmi les catégories discriminées et vulnérables devant faire l'objet d'une protection particulière. Cependant, les Etats parties s'engagent aussi à respecter « *la diversité ethnique, culturelle et religieuse, qui contribue au renforcement de la démocratie et de la participation des citoyens* »¹².

Outre le dispositif normatif de protection de la liberté de religion dans le système africain de protection des droits, il convient aussi de s'intéresser aux aspects pratiques de la question, notamment au travers des activités des instances africaines de contrôle, principalement la Commission africaine.

II. Les aspects jurisprudentiels de la liberté de religion dans le système africain de protections des droits de l'homme

A l'instar du dispositif normatif, les activités jurisprudentielles des instances africaines de protection des droits de l'homme relatives à la liberté religieuses restent assez faiblement

⁹ Article 5 (« *Elimination des pratiques néfastes* »), alinéa *b*.

¹⁰ Article 5 précité, §1.

¹¹ Article 6 (« *Mariage* »), alinéas *c*. Et l'alinéa *i* de préciser que « *la femme et l'homme contribueront conjointement à la sauvegarde des intérêts de la famille, à la protection et à l'éducation de leurs enfants* ».

¹² Voir l'alinéa 3 de l'article 8 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, précitée.

étayées, contrairement aux autres droits et libertés consacrés par la Charte africaine¹³. Toutefois, au travers de quelques affaires, la Commission africaine a eu à se prononcer en précisant le contenu pratique de ce qu'elle entend par « liberté de religion », telle qu'elle dégage en tout cas de l'article 8 de la Charte de 1981 et des instruments additionnels susvisés. Ainsi, pour la Commission africaine, le droit de se conformer à ses pratiques religieuses n'est pas un droit absolu (A), en raison notamment des restrictions légitimes qui peuvent être prévues par la loi dans l'intérêt supérieur de la société. De même, en tenant certainement compte du caractère indissociable des droits consacrés par la Charte africaine, la Commission de Banjul estime que les lois religieuses en vigueur dans un Etat partie, si légitimes et respectables soient-elles, ne doivent pas pour autant justifier les violations des autres droits et libertés reconnus (B).

A. Le droit de se conformer à ses pratiques religieuses n'est pas absolu

L'affaire *Garreth Anver Prince c. Afrique du Sud*¹⁴ est sans doute celle qui illustre le mieux cette position de la Commission africaine qui semble découler de l'interprétation des articles 8 et 27 (alinéas 2 et 7) cumulés de la Charte africaine. En effet, dans cette affaire, la Commission africaine a estimé que le fait pour un Etat de prévoir, par la loi, des restrictions légitimes (1) de caractère général (2) à la liberté de religion, dans l'intérêt supérieur de la société, ne peut constituer une violation par cet Etat de ses engagements internationaux en matière de droits de l'homme.

1. Des restrictions légitimes peuvent être prévues par la loi dans l'intérêt supérieur de la société

Dans cette affaire, le nommé Garreth Anver Prince, se plaint des difficultés rencontrées dans son aspiration à accéder à la profession d'avocat dans son pays, l'Afrique du Sud. Or, ces difficultés sont liées, d'une part, au fait que le plaignant est un adepte du mouvement rastafari et a été condamné à deux reprises pour possession de cannabis, aux termes de l'article 4(b) de la loi sud-africaine sur les drogues et le trafic des drogues. D'autre part, ces difficultés sont dues au fait que le plaignant ait clairement exprimé son intention de continuer à faire usage du cannabis, même s'il devenait avocat ; la consommation de cette substance étant encouragée, d'après lui, et requise par sa religion rastafari comme une pratique sacramentelle.

Pour le requérant, l'Etat défendeur a délibérément violé son droit au respect de la dignité inhérente à toute personne¹⁵, son droit à la libre pratique de la religion¹⁶, son droit de travailler dans des conditions équitables et satisfaisantes¹⁷ et son droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté¹⁸.

¹³ Voir à ce sujet notre article : « Le positionnement stratégique de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples dans le cadre du processus de démocratisation et de l'émergence de l'Etat de droit en Afrique », *Revue de l'Université catholique de Lyon*, 11/2007, pp. 36-42. Il s'agit notamment de :

- *L'obligation de protection* : Communication 74/92, Communication 154/96 ou encore Communication 223/98 ;
- *Le respect de la légalité et la conformité aux exigences de la Charte africaine* : Communication 218/98, Communication 224/98, Communication 211/98, etc. ;
- *La garantie des libertés publiques* : Communication 140/94, Communication 141/94, Communication 145/95, Communication 174/95, Communication 225/98, Communication 228/99, etc. ;
- *La libre participation aux affaires publiques* : Communication 102/93, Communication 97/93 ou encore Communication 155/96...

¹⁴ Communication 255/02.

¹⁵ Article 5 de la Charte africaine.

¹⁶ Article 8 de la Charte africaine.

¹⁷ Article 15 de la Charte africaine.

¹⁸ Article 17, alinéa 2 de la Charte africaine.

Pour la Commission africaine, cependant, si le droit de tenir à ses croyances religieuses devrait être absolu, le droit de se conformer à ces croyances ne devrait pas l'être. Car, le droit de pratiquer sa religion doit, dans certaines circonstances, s'exercer dans le respect de l'intérêt de la société ; ce qui suppose parfois des mesures de restriction raisonnables. Ainsi en est-il, par exemple, du droit pour un parent de refuser un traitement médical pour un enfant malade, lequel droit peut-être subordonné à l'intérêt de l'Etat qui doit protéger la santé, la sécurité et le bien-être de ses enfants mineurs notamment¹⁹.

La Commission semble aller dans le même sens que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies en ce qui concerne les restrictions raisonnables qu'un Etat peut légitimement prévoir pour faire face à certaines formes de manifestation ou de pratique de la liberté religieuse. L'on se référera en particulier à l'affaire *K. Singh Bhinder c. Canada* concernant le renvoi du plaignant de son poste d'électricien chargé de l'entretien de la Société nationale canadienne des chemins de fer, une société appartenant au gouvernement canadien. Par respect aux prescriptions de sa religion, le plaignant tenait au port de turban sur son lieu de travail au lieu d'un casque de protection requis pour des raisons de sécurité des employés. Pour le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, la législation qui prévoit de protéger les travailleurs de l'administration fédérale contre les blessures et décharges électriques par un port obligatoire de casque doit être considérée comme raisonnable et conforme à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁰.

La Commission africaine estime que les mesures prévues par la législation sud-africaine concernant l'usage et la possession du cannabis sont tout aussi raisonnables, étant donné qu'elle sert un objectif général, d'une part, et que, d'autre part, la liberté de religion consacrée par la Charte africaine n'est pas absolue mais doit s'exercer en tenant dûment compte du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la moralité ainsi que de l'intérêt commun²¹.

2. Le caractère général des restrictions

La question était aussi de savoir si les restrictions imposées au plaignant, M. Garreth Anver Prince et aux personnes appartenant à sa religion rastafari, étaient compatibles avec l'article 2 de la Charte africaine qui requiert des Etats une égale protection des citoyens devant la loi. A cette question, la Commission africaine a estimé qu'à partir du moment où ces mesures sont appliquées de façon générale, sans singulariser le plaignant et ses compagnons rastafari, il n'est pas fondé de dire qu'elles sont discriminatoires ou attentatoires au libre exercice par les adeptes de cette religion de leurs droits religieux.

B. Les lois fondées sur des préceptes religieux ne doivent pas justifier les violations des autres droits et libertés garantis par la Charte africaine

Si les lois nationales des Etats parties peuvent avoir des fondements religieux, cela ne doit pas pour autant justifier les violations des droits et libertés garantis par la Charte africaine. Telle est la position de la Commission africaine, notamment dans l'affaire *Association of Members of Episcopal Conference of East Africa /Soudan* (Communication 89/93) ainsi que dans l'affaire *Curtis Francis Doebller /Soudan* (Communication 236/00).

¹⁹ Voir, entre autres, l'article 16 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.

²⁰ Communication N° 208/1986 : Canada, CCPR/C/37/D/208/1986.

²¹ Article 27, alinéa 2 précité de la Charte africaine.

Dans la première affaire, il s'est agi d'allégations d'oppression contre de citoyens soudanais de confession chrétienne et de dignitaires religieux, d'expulsion de tous les missionnaires de Juba dans le Sud du Soudan, d'arrestation et de détention arbitraires de prêtres, de fermeture et de destruction des édifices religieux et de harcèlement permanents de personnalités religieuses ainsi que du refus d'aide aux non musulmans. Il est également allégué dans la même communication la persécution de non musulmans en vue d'obtenir leur conversion à l'islam dont la loi *sharia* est imposée par le gouvernement soudanais. La communication fait également mention de l'interdiction faite aux chrétiens de prêcher, de construire leurs églises ainsi que du déni d'accès à l'emploi ou à l'aide alimentaire pour les citoyens soudanais de confession chrétienne.

La faiblesse des arguments de l'Etat défendeur, qui s'est contenté de réitérer son attachement à l'article 24 de la Constitution soudanaise qui garantit la liberté de croyance et de culte et rappeler la visite pastorale effectuée par le Pape Jean-Paul II au Soudan le 10 février 1993, ne fait guère de doute.

Pour la Commission africaine, les questions soulevées par cette communication qui renvoie à l'article 8 de la Charte africaine, sont à relier aux dispositions de l'article 2 du même instrument qui prévoit l'égalité de protection de la loi. Tout en respectant la liberté de confession des musulmans du Soudan, la Commission africaine ne peut d'aucune manière admettre l'application de lois qui causent la discrimination ou les souffrances des autres citoyens. De même, l'application de la *sharia* islamique n'est pas en elle-même contestable mais elle doit se faire dans le respect des autres obligations de l'Etat soudanais, notamment dans le cadre de la Charte africaine. En effet, pour la Commission africaine, non seulement les jugements rendus par les tribunaux soudanais doivent se conformer aux normes internationales auxquelles l'Etat soudanais a librement souscrit, il est fondamentalement injuste que des lois religieuses s'appliquent contre des personnes qui ne pratiquent pas cette religion.

Par ailleurs, la Commission a estimé que la distribution inégale de la nourriture dans les prisons, soumettant ainsi les prisonniers chrétiens à un chantage pour avoir à manger, et bien d'autres pratiques discriminantes alléguées sont de nature à limiter considérablement la capacité de cette catégorie de la population carcérale à pratiquer librement la religion de son choix.

Etant donné que le gouvernement soudanais ne fournit aucune preuve ou justification de nature à contrebalancer les allégations de violations des droits de l'homme portées contre lui, la Commission africaine a considéré qu'il y avait violation de l'article 8 de la Charte africaine.

Dans la deuxième affaire, l'affaire *Curtis Francis Doebbler /Soudan* (Communication 236/00), la Commission de Banjul a conclu à la violation de l'article 5 de la Charte africaine par le Soudan et a demandé au gouvernement soudanais d'amender immédiatement la loi pénale de 1991 incriminée et ce, conformément à ses obligations découlant de la Charte africaine et d'autres instruments internationaux pertinents des droits de l'homme ; d'abolir la peine de flagellation et de prendre toutes les mesures appropriées pour assurer la compensation des victimes.

Dans cette affaire, il s'est agi de l'application d'une loi pénale fondée sur la *Sharia* islamique, notamment l'article 152 du Code pénal soudanais de 1991. En effet, les autorités soudanaises reprochaient à un groupe d'étudiants, membres de l'Association Nubia de l'Université Ahlia,

d'avoir perturbé l'ordre public en violation de l'article 152 précité du Code pénal soudanais. Certains de ces étudiants ont été arrêtés, battus, jugés le 14 juin 1999 et condamnés à des amendes ou à la flagellation, conformément aux dispositions susvisées de la loi pénale soudanaise. Saisie de cette affaire, l'instance de Banjul a estimé n'avoir aucune compétence à statuer ou à interpréter la loi islamique évoquée par l'Etat défendeur mais uniquement sur les engagements qui sont les siens dans le cadre de la Charte africaine. C'est ainsi qu'elle a conclu à la violation de l'article 5 de la Charte susvisée qui « *n'interdit pas uniquement les traitements cruels mais également les traitements inhumains et dégradants*²² ». Or, selon la Commission, cela comprend non seulement « *les actes qui causent de graves souffrances physiques et psychologiques mais qui humilient également ou forcent l'individu à marcher contre sa volonté ou sa conscience*²³ ».

Comme dans de nombreuses autres décisions précédentes, la Commission a estimé que lorsque les allégations de violation des droits de l'homme ne sont pas contestées par l'Etat défendeur, elle doit statuer sur la base des éléments fournis par le plaignant et les traiter tels que présentés (cf. Communication 140/94 et Communication 141/95 *Constitutional Rights Project et al. c/Nigéria*).

ELEMENTS DE CONCLUSION

Le caractère imprécis et limitatif de la liberté de religion dans les instruments africains de protection des droits de l'homme semble s'expliquer par la réticence traditionnelle des Etats, notamment les Etats africains musulmans, à la conception occidentale de la liberté de religion. Cette réticence s'est souvent manifestée par des réserves récurrentes, en particulier par rapport à : l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) ; l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques précité ; la Déclaration des Nations Unies de 1981 sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, etc.

De même, la faible activité jurisprudentielle des instances africaines par rapport à la liberté religieuse peut s'expliquer par la priorité donnée aux autres catégories de droit et au contexte africain de ces deux dernières décennies, marqué la démocratisation des sociétés africaines et l'adoption du pluralisme politique.

Cette faible protection de la liberté de religion dans le système africain de protection des droits de l'homme pourrait éventuellement être corrigée grâce à la marge de manœuvre plus étendue des instances africaines, suivant une interprétation habituellement dynamique de la Charte de Banjul²⁴, notamment par la Commission africaine, entre autres sur la base des articles 60 et 61²⁵. Sur le plan interprétatif et jurisprudentiel, cette faiblesse pourrait aussi être

²² § 36.

²³ *Ibidem*.

²⁴ V. notre article : « Le positionnement stratégique de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples dans le cadre du processus de démocratisation et de l'émergence de l'Etat de droit en Afrique », précité.

²⁵ Article 60 de la Charte africaine « *La Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, des dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte* ». Et l'article 61 : « *La Commission prend aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux de droit*

corrigée si les instances africaines poursuivent la stratégie d'emprunts conceptuels et méthodologiques qui a été à l'origine d'une lecture plus universaliste de la Charte africaine dans de nombreuses affaires²⁶. En effet, les instances africaines de protection des droits de l'homme sont juge de l'opportunité d'intégration des dispositions extra africaines dans leurs activités d'interprétation des instruments proprement africains²⁷, en se fondant entre autre sur les engagements internationaux pris par les Etats africains dans le domaine des droits de l'homme au travers des instruments pertinents auxquels ils ont librement souscrit.

reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine ».

²⁶ OLINGA A.-D., « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2005, pp. 499-537 (voir, notamment, pp. 504-520).

²⁷ *Ibidem*.

La liberté de religion dans la charte arabe des droits de l'homme

Florence MULET- WADY

*Enseignante à la Faculté de droit et à l'Institut des droits de l'Homme de Lyon
Université Catholique de Lyon*

Introduction

C'est dans un certain mimétisme rédactionnel avec les dispositions internationales garantissant la liberté de religion¹ que la Charte arabe des droits de l'Homme de 2004 (ci-après Charte arabe) dispose dans son article 30 que :

- a) Toute personne a droit à la liberté de pensée, de croyance et de religion, qui ne peut faire l'objet d'aucune restriction non prévue par la loi ;*
- b) La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ou de pratiquer individuellement ou collectivement les rites de sa religion ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans une société tolérante, respectueuse des libertés et des droits de l'Homme pour la protection de la sûreté publique, de l'ordre public, de la santé publique ou de la moralité publique ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui ;*
- c) Les parents ou les tuteurs assurent librement l'éducation religieuse et morale de leurs enfants.*

La lecture de cet article 30 ne suffit pas à elle seule à mesurer l'engagement ainsi pris, c'est-à-dire de comprendre le contenu et la portée du droit proclamé. Comme pour toute norme juridique, l'énoncé doit être précisé par la doctrine et la jurisprudence qui donneront au droit garanti sa teneur et son opérationnalité. Cette mise au point est d'autant plus nécessaire en l'occurrence que l'énoncé de l'article 30 reste flou. Se pose alors la question de l'interprétation : qu'entend t-on dans la Charte arabe de 2004 par liberté de religion ? Si l'on en revient au mimétisme rédactionnel dans lequel souhaite s'inscrire le texte de la Charte arabe, on remarquera ici que ce mimétisme n'est pas parfait. Une lecture attentive de l'article 30, montre que d'un côté les restrictions sont plus étendues, alors que de l'autre, le contenu du droit est plus restreint car plus imprécis.

Tout d'abord, selon l'article 30 de la Charte, la liberté de religion peut se voir limitée par la loi en vigueur dans sa double dimension, à la fois interne et externe. S'agissant de la première, elle relève des convictions profondes de l'individu et revêt alors un caractère absolu. Par conséquent, elle ne saurait souffrir d'aucune restriction². Restreindre la dimension interne de la liberté religieuse et par là même le for interne dont elle relève, constitue une atteinte à un droit fondamental de l'individu et à l'existence de la liberté proclamée. Sur ce point, on notera donc que la Charte arabe ne propose pas seulement une lecture bien plus

¹ Voir notamment les articles 18 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

² Voir sur ce point : *Aperçu de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté de religion*, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'Homme, Division de la Recherche, Janvier 2011, pp. 7-8.

restrictive que les dispositions internationales, mais elle va aussi à l'encontre de ces dernières. Ensuite, on remarquera que l'article 30 ne précise pas ce qu'implique la liberté de religion, occultant ainsi la liberté de changer de religion, ce qui, dans le contexte du Monde arabe ne peut être interprété comme un simple oubli. Il s'agit bien plutôt d'une omission volontaire. Enfin, on relèvera l'absence d'une jurisprudence permettant de faire la lumière sur l'interprétation de l'article 30³. Ni l'article 30 lui-même, ni l'existence d'une jurisprudence y relative ne permettant de faire la lumière sur le contenu et la portée de la liberté religieuse telle que garantie par la Charte arabe, il faut alors se tourner vers d'autres éléments de lecture. Ces éléments se trouveront à la fois dans le texte lui-même et dans le contexte dans lequel celui-ci s'inscrit, à savoir, le Monde arabe et plus précisément la religion musulmane mais aussi et plus globalement, la communauté internationale guidée par le principe d'universalité des droits de l'Homme.

L'historique de la Charte va permettre de resituer le texte dans un contexte international précis afin d'en mieux comprendre à la fois les enjeux et les orientations et donc, dans une certaine mesure, le sens. La Charte arabe de 2004 est l'aboutissement d'un long processus engagé dès 1968 par la Ligue des Etats arabes (ci-après LEA) qui vise à doter le Monde arabe d'un instrument spécifique de protection des droits de l'Homme⁴. Cette volonté s'inscrit dans le mouvement de régionalisation des droits de l'Homme engagé au lendemain de la création de l'Organisation des Nations unies et dans un esprit de complémentarité avec les instruments internationaux. Il faudra néanmoins attendre 1994 pour qu'une première version voit le jour. Cette première version n'a jamais été ratifiée et a été très critiquée par la communauté internationale en raison des nombreuses références faites de façon directe et explicite à la Shari'a. C'est alors dans un souci de mise en conformité et de mise à niveau avec les standards internationaux en matière de droits de l'Homme que le texte de la Charte a été révisé et modifié, donnant lieu à une deuxième version et par là même, à une nouvelle charte : la Charte arabe des droits de l'Homme de 2004. La lenteur du processus s'explique par la lenteur du monde arabe à vouloir se doter d'un système de protection des droits de l'Homme, qui plus est un système qui se détache des spécificités religieuses pour mieux répondre aux exigences internationales en la matière. On rejoint ici le vieux débat sur la conciliation du caractère universel des droits de l'Homme avec la singularité et la diversité des cultures⁵. C'est à ce niveau-là que la question de la conception des droits de l'Homme en islam se pose. L'engagement tardif des pays arabes dans la promotion et la protection des droits de l'Homme peut alors s'expliquer par divers facteurs dont les plus déterminants sont d'ordre politique et identitaire. Les particularismes identitaires et surtout l'élément religieux, vont avoir un impact déterminant sur la mise en place mais aussi l'architecture du système arabe. Ils expliquent les difficultés rencontrées s'agissant d'une conciliation et d'une compatibilité avec les droits de l'Homme dans leur conception universelle c'est-à-dire tels qu'ils sont perçus, proclamés et garantis par les standards internationaux et portés comme valeur suprême par la communauté internationale. Des efforts ont été faits cependant, et la

³ Le Comité d'experts institué par l'art. 45 de la Charte et la Commission permanente arabe des droits de l'Homme instituée par la LEA (Résolution 2443 XL VIII du 3 sept. 1968) sont deux organes de contrôle et de surveillance dont les pouvoirs ne sont pas juridictionnels. Ils étudient les rapports périodiques des Etats sur la mise en œuvre de la Charte pour le premier et plus généralement sur la mise en œuvre des droits de l'Homme pour la seconde. Les rapports de trois pays ont été jusqu'ici examinés par la Commission : la Jordanie (avril 2012), l'Algérie (octobre 2012) et le Bahreïn (février 2013).

⁴ Le 10 septembre 1970, le Conseil de la Ligue instituait par sa résolution n° 2668/30 une Commission d'experts chargée d'établir un projet de « Déclaration arabe des droits de l'Homme » qui serait le prélude à l'élaboration d'une « Charte arabe des droits de l'Homme », dont la 1^{ère} version ne verra le jour qu'en 1994. Sur ce point, voir : Voir AL-MIDANI, A., *Les droits de l'Homme et l'Islam. Textes des Organisations arabes et islamiques*. 2^{ème} édition, Université de Strasbourg, 2010, pp.69-71.

⁵ Sur cette question voir COHEN-JONATHAN, G., « Les droits de l'Homme, une valeur internationalisée », *Droits Fondamentaux*, n°1, juillet-décembre 2001, pp. 157-164.

nouvelle Charte arabe de 2004 a été accueillie plus favorablement en raison des progrès qu'elle apporte par le jeu d'une mise en conformité avec les standards internationaux en matière de reconnaissance et de protection des droits de l'Homme. L'exercice était d'autant plus périlleux qu'il fallait par ailleurs respecter les limites imposées par le respect des valeurs propres au Monde arabe, au premier rang desquelles les valeurs religieuses édictées par l'islam⁶. L'enjeu pour les rédacteurs de la Charte était donc de parvenir à un compromis entre ces deux systèmes de valeurs considérés, sur certains points au moins, comme antagonistes et incompatibles⁷.

En dehors de ce contexte dans lequel la Charte arabe voit le jour, il faut se reporter à son préambule pour trouver une grille de lecture plus précise de l'article 30. Tout d'abord, le deuxième paragraphe du préambule présente la Charte comme un instrument au service de la réalisation « des principes éternels de fraternité, d'égalité et de tolérance (...) consacrés par l'Islam et les autres religions révélées ». Ensuite, et plus précisément, le paragraphe 5 du préambule établit un lien entre la Charte et certains textes, visant par-là à affirmer l'attachement de la Charte aux principes consacrés par ces textes, autrement dit visant à attester d'une certaine communauté d'esprit entre la Charte et ces instruments de protection des droits de l'Homme. Il s'agit en l'espèce des principes de la Charte des Nations unies, de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, des dispositions des Pactes de 1966 et des principes et dispositions de la Déclaration du Caire sur les droits de l'Homme en islam. C'est donc au croisement de ces instruments internationaux de protection des droits de l'Homme et de la Déclaration du Caire qu'il va falloir chercher et comprendre la liberté religieuse dans la Charte arabe de 2004. La lecture et la confrontation de ces différents textes attirent l'attention sur un point : la liberté de changer de religion qui est garantie explicitement ou implicitement par les instruments internationaux est absente de la Déclaration du Caire et de la Charte. C'est sur ce point que nous concentrerons notre analyse, d'une part parce qu'il s'agit là d'un des aspects les plus fondamentaux de la liberté de religion et, d'autre part, parce qu'il s'agit là d'une divergence importante entre la conception internationale et la conception islamique de la liberté religieuse. Ainsi, c'est par le biais de cette question sensible de la liberté de changer de religion que sera abordée la problématique de la liberté religieuse dans la Charte arabe de 2004.

Telle qu'elle est consacrée par son l'article 30 et telle qu'elle est mise en perspective par son préambule, la liberté de religion dans la Charte arabe de 2004 implique-t-elle la liberté de changer de religion ?

Bien que la Charte reste muette sur ce point, il est possible de lui rendre la parole en s'appuyant sur les éléments de lecture dégagés, à savoir les différentes références auxquelles le texte du préambule renvoie et les particularismes religieux du cadre arabe dans lequel la Charte a été élaborée. La double allégeance dans laquelle se place la Charte guidera alors l'analyse. Il s'agira tout d'abord de saisir la liberté de religion à la lumière des instruments internationaux et de la position des pays arabes à leur égard s'agissant de la liberté de changer de religion. Il conviendra ensuite d'apprécier la liberté de religion à la lumière de la Déclaration du Caire et de la Shari'a afin de savoir si selon la conception musulmane, elle peut s'appréhender comme la liberté de changer de religion.

⁶ C'est le respect de ces valeurs qui a permis à la Charte arabe de 2004 de ne pas subir le même sort que celle de 1994 qui n'a été ratifiée par aucun Etat arabe. La Charte de 2004 entrée en vigueur en 2008 a été ratifiée par l'Algérie, le Bahreïn, les Emirats arabes unis, la Jordanie, la Libye, la Palestine et la Syrie.

⁷ Dans ce sens, voir l'arrêt de la Grande chambre de la Cour EDH *Affaire Refah Partisi et autres c. Turquie*, du 13 février 2003, §123 : « Or la Cour partage l'analyse effectuée par la chambre quant à l'incompatibilité de la charia avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention (...) ».

I – La liberté de changer de religion dans la Charte arabe à la lumière des engagements internationaux : du principe à son application par les pays arabes

Dans une volonté de répondre aux attentes de la communauté internationale et d'adapter le texte aux standards internationaux en matière de protection des droits de l'Homme, les rédacteurs de la Charte réaffirment leur attachement aux dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (ci-après DUDH) et des deux Pactes internationaux de 1966⁸. Ce faisant, on peut donc supposer qu'ils ont une lecture de la liberté religieuse en conséquence, c'est-à-dire conforme à celle donnée par ces instruments internationaux impliquant alors la liberté de changer de religion (A). Les négociations qui ont précédées l'adoption de la DUDH et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après PIDCP) ainsi que les diverses réserves exprimées par les pays arabes montrent qu'il n'en est rien. L'attitude de ces derniers face aux autres instruments internationaux garantissant une liberté de changer de religion sera par ailleurs toujours la même, oscillant entre objections et réserves (B).

A - une interprétation large de la liberté de religion par les instruments internationaux

Le contexte dans lequel le texte de la DUDH est adopté est celui de l'après seconde guerre mondiale où l'horreur révélée réveille les consciences. L'individu annihilé par le régime nazi est porté sur les fonds baptismaux de la communauté internationale qui le consacre comme valeur suprême. Désormais, l'individu et ses droits sont au centre des préoccupations et la nécessité d'une protection s'impose comme une évidence. Dans un élan d'humanité, la communauté internationale va s'atteler à la codification de valeurs communes autour desquelles elle entend tisser des liens et construire la paix et la sécurité. Elle adopte alors plusieurs textes qui poseront non seulement les bases d'une nouvelle coopération, mais aussi celles du droit international des droits de l'Homme c'est-à-dire d'un système de garanties du respect et de la protection de l'être humain et de ses droits au niveau international⁹. Tous les aspects des droits de l'Homme sont alors appréhendés, dans leur dimension à la fois collective et individuelle y compris la liberté de religion, question complexe et controversée, qui ne va pas sans poser de problèmes quant à son interprétation et donc son application, notamment dans le Monde arabe.

La liberté de religion est proclamée par l'article 18 alinéa 1^{er} de la DUDH qui dispose : «Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites ». Le texte de la DUDH est donc clair quant au contenu de la liberté de religion : celle-ci implique le droit de changer de religion.

⁸ Voir §5 du Préambule de la Charte : «(...) réaffirmant les principes de la Charte des Nations unies, de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (...)».

⁹ Il s'agit d'une part de la Charte internationale des droits de l'Homme, constituée essentiellement par la Charte des Nations unies, la Déclaration universelle des droits de l'Homme et les deux Pactes internationaux de 1966, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et leurs protocoles facultatifs. S'ajoute d'autre part à ce « noyau dur », divers instruments normatifs internationaux relatifs aux droits de l'Homme, aujourd'hui très nombreux, entre autres : la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1966 ou encore la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants de 1984.

Concernant les Pactes internationaux de 1966, la question de la liberté de religion n'est abordée de façon explicite que par le PIDCP. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après PIDESC) n'y fait allusion que de façon indirecte, notamment s'agissant du droit à l'éducation, impliquant pour les parents la possibilité d'inscrire leurs enfants dans des établissements où ils recevront une éducation religieuse conforme à leurs convictions¹⁰. S'agissant du PIDCP, il garantit la liberté religieuse dans son article 18 qui dispose dans son paragraphe 1 que « Toute personne a droit à la liberté de penser, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, (...) » et dans son paragraphe 2 que « Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix ».

On remarquera que la liberté religieuse telle qu'elle est consacrée par le PIDCP ne reprend pas la liberté de changer de religion, comme énoncé dans l'article 18 de la DUDH. La formulation employée dans le PIDCP est plus neutre voire plus ambiguë, évoquant simplement la liberté « d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix ». Cette formulation laisse comprendre que tout individu a la possibilité d'adhérer à la religion de son choix mais passe sous silence la question du changement de religion, c'est-à-dire de l'abandon d'une religion pour adhérer à une autre ou non. Il ne s'agit probablement pas là d'un oubli, mais bien d'un souci de conciliation et de consensus après les leçons tirées des âpres négociations ayant portées sur l'article 18 de la DUDH et sur la possibilité de changer de religion¹¹.

Est-ce à dire que la communauté internationale abandonne cet aspect de la liberté religieuse ? Un examen rapide de certains instruments internationaux abordant cette question nous permet de répondre par la négative. Si les rédacteurs du PIDCP ont voulu être formellement plus consensuels, sur le fond la position de la communauté internationale reste claire : la liberté religieuse implique la liberté de changer de religion. C'est ce que précise le Comité des droits de l'Homme dans une Observation générale portant sur l'interprétation de l'article 18 du PIDCP. Selon le Comité, la liberté religieuse proclamée dans cet article doit être comprise au sens large et englobe « (...) nécessairement (...) le droit de substituer à sa religion ou sa conviction actuelle une autre religion ou conviction (...) »¹². Par ailleurs, le Conseil des droits de l'Homme et l'Assemblée générale des Nations unies ont récemment chacun adopté une résolution dans laquelle ils rappellent que la liberté de religion implique la liberté de changer de religion¹³. Enfin, au niveau régional, le Conseil de l'Union européenne,

¹⁰ Pacte internationale relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, article 13, al. 3, disposant : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, (...), et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants, conformément à leurs propres convictions ».

¹¹ La Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction s'inscrit dans cette perspective de compromis en ne citant pas explicitement la liberté de changer de religion comme composante de la liberté religieuse. Comme l'art. 18 du PIDCP, son art. 1 évoque la liberté « (...) d'avoir une religion ou n'importe quelle conviction de son choix (...) ». Assemblée générale des Nations unies, A/RES/36/55, déclaration adoptée le 25 novembre 1981.

¹² Souligné par nous, Comité des droits de l'Homme, 48^e session, Observation générale n°22 sur *Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 18)*, adoptée le 30 juillet 1993, §5 : « Le Comité fait observer que la liberté "d'avoir ou d'adopter" une religion ou une conviction implique nécessairement la liberté de choisir une religion ou une conviction, y compris le droit de substituer à sa religion ou sa conviction actuelle une autre religion (...) ».

¹³ Ainsi, dans le §1 de sa résolution, le Conseil des droits de l'Homme souligne que « (...) chacun a droit à sa liberté de pensée, de conscience et de religion ou de conviction, notamment la liberté d'avoir ou de ne pas avoir ou de choisir une religion ou une conviction (...), y compris le droit de changer de religion ». Conseil des droits de l'Homme, Résolution 20/22 sur *La liberté de religion ou de conviction*, A/HRC/RES/20/22, adoptée le 22 mars 2013. De même, dans une résolution adoptée lors de sa soixante septième session, l'Assemblée générale, demande aux Etats, en vue de protéger et promouvoir la liberté de religion, « De veiller à ce que leur système constitutionnel et législatif instituent des garanties adéquates et

s'appuyant sur l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux, rappelle lui aussi que la liberté de religion implique celle de changer de religion¹⁴.

Selon les standards internationaux relatifs aux droits de l'Homme, on peut donc affirmer que la liberté religieuse implique nécessairement la liberté de changer de religion¹⁵. En réaffirmant son engagement envers les principes et dispositions de la DUDH et du PIDCP, la Charte arabe engage donc implicitement au respect de cette liberté de changer de religion. Pourtant, les Etats arabes, qu'ils soient signataires de la Charte de 2004, de la DUDH ou du PIDCP, ne semblent pas partager cette conception de la liberté religieuse, comme le montre leur attitude face aux différents instruments internationaux lorsqu'il est question de la liberté de religion.

B/ Une interprétation restrictive de la liberté de religion par les pays arabes

L'attitude de la plupart des Etats arabes face aux dispositions internationales proclamant le droit de changer de religion est quasi constante, oscillant entre l'objection et l'évitement. Ainsi, les Etats arabes dans leur ensemble, s'ils ratifient les instruments internationaux prévoyant la liberté de changer de religion, vont en écarter les effets opératoires en usant, voire abusant, du jeu des réserves. Ces dernières vont leur permettre soit d'exclure de leur engagement l'obligation de respecter le droit de changer de religion, soit d'en restreindre la portée en lui attribuant un sens précis, notamment au regard des préceptes religieux de l'islam, c'est-à-dire une nécessaire conformité avec la Shari'a. Cette attitude des pays arabes a longtemps été justifiée par la revendication de particularismes propres à la culture et à la religion arabo-musulmane. Face à ces revendications, la théorie internationale des droits de l'Homme est perçue avec méfiance, en raison des finalités politiques qu'on lui prête, à savoir imposer l'hégémonie de l'Occident sur les autres peuples par les voies d'un néocolonialisme habillé du discours respectable des droits de l'Homme. On retrouve ici le débat sur le caractère universel des droits de l'Homme et sur la question du relativisme culturel comme variable d'ajustement desdits droits.

C'est dans ce contexte idéologique, animé par les mouvements d'indépendance et marqué par le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, que débutent les négociations pour l'adoption de la DUDH ; négociations lors desquelles les Etats arabes affirment leurs particularismes. Concernant la liberté religieuse, ils s'opposent fermement à son extension à la liberté de changer de religion. C'est le représentant du Liban auprès des Nations unies et rapporteur du Comité de rédaction de la DUDH, Charles Malik, qui introduisit le droit de changer de religion dans le débat. Cette proposition entraîna une vive réaction de la part des pays musulmans qui y virent un encouragement des « machinations de certaines missions bien connues en Orient, qui poursuivent inlassablement leurs efforts en vue

effectives pour assurer à tous, sans distinction, la liberté de pensée, de conscience et de religion et de conviction (...) y compris le droit de changer de religion ou de conviction », A/RES/67/179 sur la *Liberté de religion ou de conviction* du 20 décembre 2012, §12-a.

¹⁴ Voir *Conclusions du Conseil sur la liberté de religion ou de conviction*, 2973^e session du Conseil, Affaires Générales, Bruxelles, 16 novembre 2009. Evoquant la liberté de pensée, de conscience, de religion ou de conviction, le Conseil précisera qu' « Elle comprend également le droit d'adopter ou d'abandonner de plein gré une religion ou une conviction ainsi que d'en changer ».

¹⁵ M. Abdelfattah AMOR, Rapporteur spécial à la Commission des droits de l'Homme de l'ONU sur la liberté de religion ou de conviction, affirmera dans un rapport présenté en 1996 qu' « Il est établi aujourd'hui, que la liberté religieuse est indissociable de la liberté de changer de religion ». Rapport portant sur l'*Application de la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, §77, E/CN.4/1997/91 du 30 décembre 1996. Les Rapporteurs spéciaux successifs n'auront aussi de cesse de rappeler que la liberté religieuse implique la liberté de changer de religion. Voir dans ce sens les rapports de Mme Asma Jahangir, présenté au Conseil des droits de l'Homme, §7, A/HRC/6/5 du 20 juillet 2007 et §47, A/HRC/13/40 du 21 décembre 2009.

de convertir à leur foi les populations de l'Orient »¹⁶. Tout en évoquant ces « missions civilisatrices » aux finalités politiques douteuses, les pays musulmans rappellent que la Shari'a interdit à un musulman d'abandonner sa religion. L'amendement saoudien pour la suppression du droit de changer de religion ne fût cependant pas retenu. Lors de l'adoption du texte final, l'Arabie Saoudite s'abstint de voter, le Yémen refusa de participer mais l'Égypte, l'Irak et la Syrie votèrent en faveur de la DUDH. Malgré la reconnaissance de la liberté de changer de religion, l'adhésion de la plupart des pays arabes et musulmans présents lors des négociations s'explique par le caractère non contraignant du texte. Si la DUDH a une valeur symbolique importante forte, elle n'a cependant pas de valeur juridique dans le sens où elle n'est pas contraignante et ne produit donc pas d'obligations pour les États. Il s'agit avant tout de standards internationaux en matière de droits de l'Homme représentant « un idéal commun à atteindre »¹⁷. En adoptant le texte, les pays arabes et musulmans font acte de bonne volonté sans pour autant se voir contraints.

Quelques années plus tard, lors de l'adoption du PIDCP, la question de la liberté de changer de religion se pose à nouveau. La position des États arabes et musulmans n'a guère évolué sur ce point et leur opposition à voir la liberté de religion englober le droit de changer de religion reste ferme. Ainsi, lors des discussions portant sur l'article 18 du Pacte, l'Arabie Saoudite et l'Égypte déposèrent un amendement visant à supprimer la possibilité de changer de religion. Un compromis fût finalement trouvé et l'on substitua à la mention initiale, la « liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix »¹⁸. Ce consensus formel, en évitant toute contradiction avec les dispositions de la Shari'a, permit l'adoption du PIDCP par l'ensemble des États arabes et musulmans, à l'exception notable de l'Arabie Saoudite encore une fois. On notera par ailleurs que ces États ont ratifié le PIDCP sans aucune réserve concernant l'article 18 relatif à la liberté de religion¹⁹. Il ne faut cependant pas s'y méprendre, l'adhésion au texte reste stratégique et formelle. En effet, non seulement les États arabes et musulmans ont obtenu que la formulation de la liberté de religion n'implique pas explicitement le droit de changer de religion, mais ils vont aussi se soustraire à tout contrôle dans l'interprétation et l'application de l'article 18. En effet, dans leur grande majorité, aucun de ces États ne ratifiera le Protocole facultatif au PIDCP qui institue un organe de surveillance du traité : le Comité des droits de l'Homme et met en place une procédure de plainte individuelle²⁰. Si à l'inverse de la DUDH, le texte du PIDCP est contraignant ses effets ont été contournés et amoindris à la fois par le jeu de l'imprécision rédactionnelle et par le verrouillage de tout contrôle.

La position des pays arabes et musulmans vis-à-vis des instruments internationaux ouvrant la possibilité de changer de religion n'évoluera guère. Ainsi, lors des discussions concernant la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, la position de l'Organisation de la

¹⁶ Réaction du représentant de L'Égypte. Cette proposition a aussi suscité une ferme opposition de la part du représentant de l'Arabie Saoudite, M. BAROODY, rejoint notamment par les représentants de L'Égypte, la Syrie et de l'Irak. Voir VERDOODT, A., *Naissance et signification de la déclaration universelle des droits de l'Homme*, Louvain, Nauwelaerts, 1958, p. 117, cité par ALDEEB ABU SAHLIEH, S. A., *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2008, p. 167. Voir aussi : Comptes rendus de l'Assemblée générale, 3^e Commission, vol.2, 127^e séance, A/C3/247, 9 octobre 1948, pp. 391-392.

¹⁷ DUDH, Préambule §8 : « **L'Assemblée générale proclame la présente Déclaration universelle des droits de l'Homme** comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations (...) ».

¹⁸ Voir sur ce point, A/4625 p. 17-20, cité par ALDEEB ABU SAHLIEH, S. A., *ibid.*

¹⁹ À l'exception cependant du Bahreïn et de la Mauritanie qui conditionnent l'application de l'art. 18 à sa conformité avec les dispositions de la Shari'a islamique. Voir Nations unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n°14668, p. 171.

²⁰ Protocole facultatif au PIDCP, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. Les seuls pays arabes à avoir ratifié le 1^{er} protocole facultatif au PIDCP sont l'Algérie, la Libye et la Tunisie ont ratifié le Protocole facultatif portant sur le PIDCP. Voir Nations unies, *Recueil des traités, ibid.*

coopération islamique (ci-après OCI), s'exprimant par la voix du représentant de l'Irak, est sans équivoque : les pays membres de l'OCI « expriment (...) des réserves à l'égard de toute disposition ou terme qui contreviendrait au droit islamique ou à toute législation ou loi fondée sur ce droit »²¹. Par ailleurs, l'opposition des pays arabes et musulmans se manifeste aussi lors de l'adoption de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (ci-après la CIDE) qui prévoit dans son article 14 « le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion »²². A l'exception notable de la Tunisie, tous les pays arabes ayant adopté la CIDE ont déposé une réserve, soit une réserve générale portant sur toutes les dispositions qui seraient non conformes aux prescriptions de la Shari'a, soit une réserve particulière portant sur l'article 14²³.

L'attitude des pays arabes à l'égard des instruments internationaux garantissant la liberté de religion et, que ce soit implicitement ou explicitement, la liberté de changer de religion est, sinon hostile, pour le moins ambiguë et hypocrite. Ne voulant être marginalisés en raison d'une opposition trop ouverte à ce qui est proclamé comme un droit fondamental de l'individu, ils adoptent le plus souvent les textes, mais se gardent cependant d'aller à l'encontre des préceptes religieux de la Shari'a qui peut être une source du droit plus ou moins importante selon les Etats. Cette possibilité de repli leur est offerte par le mécanisme des réserves dont ils savent fort bien jouer.

Les oppositions quasi systématiques et les nombreuses réserves quant à la liberté de changer de religion ne laissent alors que peu de doute sur la lecture possible de l'article 30 de la Charte arabe de 2004 sur ce point : en rappelant leur engagement envers la DUDH et le PIDCP, les Etats arabes rappellent aussi implicitement et indirectement la mesure de cet engagement s'agissant de la liberté de changer de religion. Un engagement de façade qui restreint très strictement la portée de l'article 30 et le réduit à un acte de bonne foi. Cette position est par ailleurs confirmée par le texte de la Charte elle-même, qui réaffirme dans le préambule son attachement aux principes de la Déclaration du Caire sur les droits de l'Homme en islam.

II – La liberté de changer de religion dans la Charte arabe à la lumière de la Déclaration du Caire sur les droits de l'Homme en islam de 1990

Les efforts des rédacteurs pour hisser le texte de la Charte de 2004 au niveau des standards internationaux relatifs aux droits de l'Homme sont louables mais leur portée reste très largement limitée par la référence faite aux principes de la Déclaration du Caire sur les droits de l'Homme en islam (ci-après la Déclaration du Caire). Associer la Charte arabe à cette Déclaration c'est la situer dans un contexte religieux précis où les préceptes de la loi islamique se substituent aux standards internationaux comme seule source d'interprétation des droits proclamés. L'exercice de ces droits se trouve alors strictement retreint aux limites de la Shari'a. Par cette référence à la Déclaration du Caire, la Charte arabe de 2004 réintègre donc implicitement le religieux dans le champ du juridique et donne un écho bien particulier aux droits et libertés garantis, notamment à la liberté de religion qui n'est par ailleurs même pas mentionnée dans la Déclaration du Caire. Il faudra alors chercher dans le dogme religieux

²¹ Assemblée générale, 3^e Commission, A/C.3/36/SR 29, p. 5, cité par ALDEEB ABU SAHLIEH, S. A., *op.cit.*, p. 167.

²² Assemblée générale, Résolution 44/25 du 20 novembre 1989.

²³ Arabie Saoudite, Qatar, Koweït et Syrie pour une réserve générale ; Maroc, Algérie, Irak, Emirats arabes unis, Sultanat d'Oman et Jordanie pour une réserve portant sur l'article 14. Voir Nations unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, p.3.

quelle signification donner à la liberté de religion afin d'éclairer l'esprit de la Déclaration du Caire et donc celui de la Charte arabe (A). Par ailleurs, la référence à la Shari'a variant en fonction des structures juridico-politiques des Etats, l'application de la liberté religieuse dans les pays arabes et musulmans varie elle aussi. Au vu des expériences, soit dans le domaine juridique soit dans le domaine social, on peut cependant penser que l'interprétation de la liberté de religion dans la plupart de ces pays ne va pas jusqu'à la liberté de changer de religion (B).

A/ La Shari'a comme source d'interprétation de la liberté religieuse

La Déclaration du Caire est un texte adopté par l'OCI²⁴, qui s'inscrit sans ambiguïté dans le champ du religieux et plus précisément dans la conformité avec les principes de la Shari'a. La norme de référence est ici celle de la loi islamique, à l'exclusion de toute autre. Ainsi, la lecture du texte est sans équivoque. Dans son préambule, la Déclaration du Caire rappelle le fondement divin et sacré des droits de l'Homme : « convaincus que, dans l'Islam, les droits fondamentaux et les libertés publiques font partie intégrante de la Foi islamique (...) car ces droits sont des commandements divins exécutoires (...) ; leur négation, ou violation constitue un acte condamnable au regard de la religion (...) ». Par ailleurs, les Etats membres y affirment leur volonté de participer aux efforts de l'humanité pour faire valoir les droits de l'Homme « (...) dans le but de le protéger contre l'exploitation et la persécution, et d'affirmer sa liberté et son droit à une vie digne, conforme à la Charia ». Si le texte de la Déclaration du Caire peut laisser croire formellement à un rapprochement avec les dispositions internationales, il ne fait cependant aucune référence à la Charte de l'ONU, ni à la DUDH ou aux Pactes de 1966 et son contenu s'en éloigne de façon évidente. Ainsi, un certain nombre de droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels y sont formellement consacrés, mais l'ensemble du texte se distingue davantage par l'accent mis sur la spécificité du contexte religieux dans lequel les droits énoncés sont susceptibles de s'exprimer. C'est ce que viennent confirmer les articles 24 et 25 qui, en guise de réserve générale à l'exercice des droits garantis, précisent respectivement que « Tous les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration sont soumis aux dispositions de la charia », sachant que « La charia est l'unique référence pour l'explication ou l'interprétation de l'un quelconque des articles contenus dans la présente Déclaration ». Cette Déclaration est donc avant tout le reflet d'une vision islamique des droits de l'Homme et le témoin d'une volonté d'affirmer les particularismes du Monde arabo-musulman tels qu'ils sont ancrés dans le champ du religieux.

S'agissant plus précisément de la liberté de religion elle n'est pas mentionnée explicitement par la Déclaration du Caire. Le texte y fait allusion de façon indirecte, au détour de deux articles, dans une perspective cependant bien éloignée de celle où ce droit s'inscrit au niveau international. Ainsi, l'article 10, après avoir rappelé que « L'islam est la religion de l'innéité », précise qu' « Aucune forme de contrainte ne doit être exercée sur l'homme pour l'obliger à renoncer à sa religion pour une autre ou pour l'athéisme ». Quant à l'article 22, il énonce dans son premier alinéa que « Tout homme a le droit d'exprimer librement son opinion pourvu qu'elle ne soit pas en contradiction avec les principes de la Charia ». La lecture de ces deux articles permet de conclure que la liberté de religion est d'une part celle de ne pas se voir contraint à l'apostasie, autrement dit d'être protégé dans sa croyance et son identité de musulman et, d'autre part, celle qui est conforme aux préceptes de la Shari'a. Il est donc clair dans l'esprit de la Déclaration du Caire, que s'il existe une liberté religieuse, elle se

²⁴ Déclaration adoptée lors de la 19^e Conférence des ministres des Affaires étrangères de l'OCI, résolution 49/19 du 2 août 1990. Voir Nations unies, Assemblée générale, A/CONF.157/PC/62/Add.18 du 9 juin 1993, annexe à la résolution 49/19P, Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, contribution de l'Organisation de la Conférence islamique.

conçoit uniquement dans les limites de la loi islamique. A défaut d'être mentionnée et explicitée par la Déclaration du Caire, c'est donc à la lumière de la Shari'a qu'il convient d'éclairer ce qui pourrait être admis comme une liberté de religion et voir si celle-ci implique la liberté de changer de religion, conformément à ce qui est reconnu au niveau international.

Si l'on se réfère au Coran, on remarque que de nombreux versets montrent une grande tolérance dans le choix de la religion alors que de nombreux autres versets viennent condamner l'apostasie, c'est-à-dire qu'ils interdisent à un musulman de quitter l'islam. Ainsi, l'islam n'oblige pas un individu à embrasser la religion musulmane ou à croire. C'est le sens du verset 6 sourate 109 « A vous votre religion et à moi ma religion » ou encore, verset 99 sourate 10 : « Si ton seigneur l'avait voulu, tous ceux qui sont sur la terre auraient cru. Est-ce à toi de contraindre les gens à devenir croyants ? » ; verset 29, sourate 18 : « La vérité émane de votre seigneur. Quiconque le veut, qu'il croit, et quiconque le veut, qu'il mécroit ». On citera aussi le verset 256 de la sourate 2 : « Nulle contrainte en religion ». Ces versets permettent de penser que la liberté de religion accordée est à double sens, liberté de croire ou non et liberté de ne plus croire, laissant alors entrevoir la possibilité de changer de religion. Cette dernière possibilité est cependant écartée à la lecture d'autres versets condamnant clairement l'apostasie : verset 217 sourate 2 : « Et ceux qui parmi vous abjureront leur religion et mourront infidèles, vaines seront pour eux leurs actions dans la vie immédiate et dans la vie future. Voilà les gens du feu, ils y demeureront éternellement » ; verset 90 sourate 3 : « En vérité, ceux qui ne croient plus après avoir eu la foi, et laissent augmenter encore leur mécréance, leur repentir ne sera jamais accepté. Ceux là sont vraiment les égarés » ; verset 66 sourate 9 : « (...). Vous avez bel et bien rejeté la foi après avoir cru. Si nous pardonnons à ceux qui se sont repentis, nous en châtierons les autres pour avoir été des criminels » ; verset 16 sourate 106 : « Quiconque a renié Allah après avoir cru (...), ceux là ont sur eux une colère d'Allah et ils ont un châtement terrible ». Enfin, on ajoutera à ces versets coraniques un hadith rapporté par Bukhari « Qui change de religion, tuez-le »²⁵.

C'est sur la base de ces éléments que les juristes théologiens vont élaborer le crime d'apostasie dont la sanction serait la peine de mort. Cette sanction, qui reste discutable d'un point de vu religieux, a son origine dans l'histoire de l'islam. Abu Bakr, premier calife, dû faire face aux opposants politiques et religieux après la mort et la succession du prophète. Cette contestation du pouvoir central de Médine qui menaçait l'existence de « l'Etat musulman » a donné naissance à un mouvement appelé *ridda*, signifiant littéralement apostasie. Ainsi, Abu Bakr assimilait toute désobéissance à son pouvoir à un acte d'apostasie qu'il punissait de la peine capitale²⁶. Cette dernière a ensuite été instituée par l'école juridique hanbalite²⁷ en cas d'abjuration. On notera ici que la condamnation de l'apostasie à la peine capitale est davantage issue de la tradition que du Coran lui-même. En effet, si ce dernier promet la colère de dieu contre l'apostat, il ne commande pas aux hommes d'infliger au coupable un châtement précis. Quoi qu'il en soit, le droit musulman pouvant être une des sources de la législation, la condamnation par celui-ci de l'apostasie devrait se retrouver dans les dispositions de celle-là. Aussi, il convient de se référer au droit interne afin de mieux saisir l'amplitude donné à la liberté de religion dans les Etats arabes.

B/ Le système juridique des Etats comme cadre de mise en œuvre de la liberté religieuse.

²⁵ Sahih Bukhari, vol.9, livre 84, n°57

²⁶ Abu Bakr fut en effet désigné *Khalīfat rasūl Allāh*, c'est-à-dire successeur de l'envoyé de dieu. Par conséquent, contester son pouvoir revient à contester l'autorité divine et donc à abjurer.

²⁷ L'école hanbalite est la plus dogmatique et la plus littérale des écoles d'interprétation. Revendiquant l'origine divine du droit et l'application stricte des préceptes religieux, cette école est la doctrine juridique officielle de l'Arabie Saoudite.

Si la Charte arabe de 2004 n'instaure pas explicitement une restriction générale des droits et libertés énoncés à une stricte conformité à la Shari'a comme le fait la Déclaration du Caire à laquelle elle fait référence, elle instaure néanmoins des restrictions particulières à la mise en œuvre de ces droits et libertés dont l'exercice doit se conformer à la législation en vigueur. L'article 30 garantissant la liberté de religion précise ainsi que cette dernière « (...) ne peut faire l'objet d'aucune restriction non prévue par la loi », de même que sa manifestation « (...) ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans une société tolérante, respectueuse des libertés et des droits de l'Homme pour la protection de la sûreté publique, de l'ordre public et de la santé publique ou de la morale publique ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui ». Ces clauses de restriction à l'exercice des droits garantis ne sont pas une particularité du Monde arabe et se retrouvent dans la majorité des dispositions relatives à la liberté de religion garantie dans les instruments internationaux. On notera cependant ici que le texte de la Charte arabe de 2004, par le jeu de ces clauses, restreint non seulement l'exercice de la liberté religieuse mais aussi le droit à la liberté de religion lui-même²⁸. Par ailleurs et assez paradoxalement, le texte institue une garantie supplémentaire à la liberté de religion dans le sens où il ne permet pas d'y déroger même en situation « d'urgence exceptionnelle mettant en danger l'existence de la nation (...) »²⁹. Ces dispositions de la Charte sont contradictoires, montrant d'une part une portée restreinte de la liberté de religion et, d'autre part, laissant entrevoir le caractère absolu d'un tel droit. Quoi qu'il en soit, comprendre la teneur et la portée de la liberté de religion dans la Charte arabe implique donc de se référer non seulement aux préceptes religieux mais aussi aux législations internes des pays arabes qui vont alors nous donner la mesure du champ d'application de l'article 30. Il n'est pas question ici de passer en revue ces législations, mais plutôt de voir si, s'agissant de la liberté de changer de religion, il est possible de dégager une tendance générale et laquelle.

L'application du dogme musulman interdisant de changer de religion sera plus ou moins stricte en fonction d'une part de l'école d'interprétation sur laquelle s'appuie le système juridique des Etats arabes et, d'autre part, de leur respect des droits et libertés individuelles et de leur ouverture démocratique. Au vu des mouvements de contestation qui traversent les pays arabes, il n'est plus nécessaire de préciser que ce respect et cette ouverture sont trop longtemps restés ignorés. De nombreuses constitutions arabes garantissent les droits et libertés des citoyens dont la liberté de croyance et de culte, mais la liberté de religion n'est pas explicitement mentionnée³⁰. Les garanties apportées souffrent par ailleurs des mêmes carences que celles relevées dans la Charte arabe : le contenu et le champ d'application de la liberté de religion n'est pas précisé et le cadre normatif dans lequel cette liberté s'inscrit reste marqué par les principes religieux qui, en l'espèce, vont à l'encontre de la liberté de changer de religion. En effet, de nombreuses constitutions arabes précisent que l'islam est la religion

²⁸ Cette restriction de la dimension interne de la liberté de religion n'existe pas dans la Convention européenne des droits de l'Homme ni dans les autres textes internationaux. Seule l'aspect externe, c'est-à-dire le droit de manifester sa religion peut se voir limité par une loi.

²⁹ Art. 4.

³⁰ Art. 42 de la constitution syrienne qui garantit la liberté de croyance ; art. 41, 42 et 43 de la constitution irakienne qui garantissent respectivement la liberté d' « (...) engagement en faveur du statut personnel conforme à leur religion, confession, croyance ou choix (...) », la liberté « (...) de pensée de conscience et de croyance » et la liberté de pratiquer les rites religieux de sa confession ainsi que la liberté de culte ; art. 14 de la constitution jordanienne selon lequel l'Etat garantit « (...) le libre exercice de toutes formes de culte ou de rites religieux (...) » ; art. 50 de la constitution du Qatar qui protège la liberté de pratiquer le rite religieux ; art. 25 de la constitution marocaine qui garantit « (...) les libertés de pensée, d'opinion et d'expression sous toutes leurs formes » ; art. 32, 36 et 41 de la constitution algérienne, qui garantissent respectivement les libertés fondamentales et les droits de l'Homme, la liberté de conscience et d'opinion comme inviolables et la liberté d'expression. Sur ce point voir ALDEEB ABU SAHLIEH, S. A., *op. cit.*, pp. 160-161.

de l'Etat et certains Etats arabes vont se définir comme musulman ou islamique³¹. Seuls quelques rares Etats ne mentionneront pas l'islam comme religion officielle ou religion d'Etat dans leur constitution³². De plus, si le lien entre religion et Etat n'implique pas nécessairement soumission de l'Etat à la Shari'a, la plupart des constitutions arabes font référence à cette dernière comme source du droit positif, établissant ainsi un autre lien, entre loi islamique et législation. La Shari'a est alors soit l'unique source du droit, soit la source principale du droit, soit une source du droit, principale ou non³³. Quel que soit le lien établi entre droit musulman et droit positif, ce lien ne se traduit pas nécessairement de façon stricte dans les systèmes juridiques internes des Etats arabes, dont la plupart ne font référence au droit musulman que dans des cas particuliers : vide juridique, conflit de normes ou alors, et avant tout, concernant le statut personnel des individus.

Dans la plupart des pays arabes, le droit interne évolue vers la sécularisation et la distanciation avec les dispositions classiques de la Shari'a, mais certains domaines du droit comme le droit de la famille et le droit successoral restent encore à certains égards marqués par les règles de la loi islamique. C'est dans cet espace juridique précis que vient se poser la problématique de la liberté religieuse. Suivant le principe selon lequel en islam la liberté de croyance relève de la liberté individuelle et donc de la sphère intime, les Etats arabes ne se saisissent de la question de la liberté de changer de religion que lorsque les manifestations de celle-ci touchent la sphère publique et viennent troubler un ordre religieux établi, dont la garantie participerait au maintien de l'ordre public. C'est donc le critère de gravité et le caractère officiel et public de l'apostasie qui va interpeller le droit interne. Hormis le Soudan et la Mauritanie où le délit d'apostasie est explicitement incriminé et puni de la peine de mort par le code pénal³⁴, ainsi que les dispositions du droit musulman en vigueur en Arabie Saoudite et au Yémen qui punissent l'apostasie de la peine capitale, la plupart des Etats arabes condamne l'apostasie non en tant que telle mais sous une qualification juridique détournée, notamment au titre de prosélytisme, de blasphème et d'outrage à la religion ou d'opposition au pouvoir politique en place³⁵. Les peines encourues sont des peines de prison et/ou d'amende. Quoi qu'il en soit, c'est avant tout eu égard aux conséquences qu'elle entraîne sur le statut personnel de l'individu que l'apostasie est sanctionnée par le droit interne des pays

³¹ Concernant l'islam religion de l'Etat, voir l'art. 2 des constitutions de l'Algérie, l'Egypte (1971 et 2011), la Jordanie, du Yémen, du Koweït et de l'Irak. Concernant le caractère islamique ou musulman de l'Etat, voir l'art. 1 des constitutions du Yémen, du sultanat d'Oman, du Bahreïn et de la Mauritanie et le préambule de la constitution du Maroc.

³² C'est le cas de la Syrie dont la constitution mentionne par ailleurs dans son art. 3 que « La religion du président de la république est l'islam » et du Liban qui est un Etat pluriconfessionnel.

³³ Dans le premier cas, voir les constitutions du sultanat d'Oman (art. 2) et du Yémen (art. 3) ; dans le second cas, les constitutions du Qatar (art.1), de l'Egypte (1971 et 2012, art. 2) ; et dans le troisième cas, les constitutions de la Syrie (art. 3), de l'Irak (art. 2) et du Koweït (art. 2). Le cas de l'Arabie Saoudite est particulier puisque le Royaume reconnaît le Coran et la sunna comme constitution, ce qui implique alors une soumission de l'Etat et du droit à la Shari'a (art. 7 du statut fondamental d'Arabie Saoudite). On notera aussi que les constitutions des Etats du Maghreb n'établissent aucun lien entre loi islamique et législation (Algérie, Maroc et Tunisie. S'agissant de la constitution tunisienne, on notera que les islamistes, en guise de concession, ont renoncé à y faire inscrire la Shari'a comme source du droit).

³⁴ Ordonnance 83-162 du 9 juillet 1983, portant institution d'un Code pénal en Mauritanie, titre II, section IV, art. 306 §4 : « Toute personne coupable du crime d'apostasie (*Zendagha*) sera, à moins qu'elle ne se repente au préalable, punie de la peine de mort ». Art. 126-2 du code pénal soudanais : « Celui qui commet le délit d'apostasie est invité à se repentir (...). S'il persiste dans son apostasie (...), il sera puni de mort », cité par ALDEEB ABU SAHLIEH, S. A., *op. cit.* pp. 160-162. En Arabie Saoudite, conformément aux dispositions de la Shari'a, l'apostasie est passible de la peine capitale.

³⁵ On citera sur ce point l'art. 220 al. 2 du code pénal marocain : « Est puni de la même peine quiconque emploie des moyens de séduction dans le but d'ébranler la foi d'un musulman ou de le convertir à une autre religion (...) » ; dans le même sens, voir l'Ordonnance 06-03 du 28 février 2006 fixant les conditions et règles d'exercice de cultes autres que musulman, JO n° 54/2006, art. 11 al. 1 : est puni quiconque « incite, contraint ou utilise des moyens de séduction tendant à convertir un musulman à une autre religion (...) » ; voir aussi l'art. 98(f) du code pénal égyptien sanctionnant « quiconque exploite la religion de vive voix, par écrit ou par tout autre moyen au service d'idées extrémistes, dans le but de provoquer un conflit, de montrer du dédain ou du mépris à l'égard de l'une des religions révélées ou de ses fidèles, ou de nuire à l'unité nationale ou à la paix sociale ». Cet article sert de base aux accusations entre autres pour « mépris envers la religion », « d'insulte à l'islam » ou « d'outrage à un représentant de l'Etat ». Voir sur ce point le cas d'Alber Saber Ayad.

arabes. Ainsi, parmi les conséquences les plus directes et les plus importantes, il y aura la dissolution du mariage (sur le principe de la *hisba* : une musulmane ne pouvant épouser un non-musulman), l'apostat n'a plus de droit concernant la garde des enfants et il ne pourra hériter³⁶.

Enfin, lorsque la répression de l'apostasie n'est pas institutionnalisée, elle se fait bien souvent par la voie de l'*actio popularis*, qui reste dans l'ensemble soucieuse du respect des préceptes religieux et qui est habilement agitée par la voix de prédicateurs radicaux, à l'image du Sheikh Yussuf Al Qaradawi, membre des frères musulmans.

En limitant l'exercice de la liberté de religion aux dispositions légales en vigueur, la Charte arabe va apporter une restriction supplémentaire à cette liberté, dans la mesure où les législations internes des pays arabes s'inscrivent de façon plus ou moins rigide dans la perspective des dispositions de la Shari'a s'agissant de la liberté de changer de religion. De fait, si l'interdit religieux n'est pas explicitement et strictement retranscrit par le droit positif, l'apostasie n'est pas sans impliquer certaines conséquences juridiques dans les pays arabes.

Conclusion

La liberté de religion dans la Charte arabe de 2004 se situe à la croisée de deux conceptions opposées et difficilement compatibles. D'une part une conception que l'on pourrait qualifier d'universaliste, se rapprochant du droit international des droits de l'Homme et qui supposerait une interprétation large et une garantie étendue de la liberté de religion, impliquant alors nécessairement la liberté de changer de religion. D'autre part, une conception que l'on pourrait qualifier de relativiste, se rapprochant d'une vision culturelle et religieuse spécifique au Monde arabo-musulman et qui supposerait une interprétation restrictive et une garantie réduite de la liberté de religion, excluant alors la liberté de changer de religion.

En rappelant son attachement aux textes internationaux, la Charte nous montre ce que l'on est en droit d'attendre de la liberté religieuse de la part des pays arabes : une liberté impliquant celle de changer de religion. Pourtant, en affirmant par ailleurs son attachement à un texte comme celui de la Déclaration du Caire, la Charte arabe nous rappelle ce sur quoi les pays arabes ne peuvent pas céder : la liberté de changer de religion. Ainsi, en faisant référence à la fois aux instruments internationaux et à la Déclaration du Caire, la Charte arabe nous oblige à une lecture contradictoire, dont il ne ressort aucune visibilité ni compréhension quant au contenu et à la portée de la liberté de religion consacrée par son article 30.

La double allégeance établie par la Charte par le jeu des références à des systèmes de valeur antagonistes a pour seul mérite de satisfaire aux exigences et aux standards de la communauté internationale tout en n'allant pas à l'encontre des principes de la Shari'a. Le compromis ainsi trouvé par les rédacteurs de la Charte conduit cependant à une sorte de statut quo ayant pour effet de neutraliser le champ d'application et de vider le contenu de la liberté de religion ainsi proclamée. C'est par la combinaison et la confrontation de plusieurs grilles de lecture, issues du texte et du contexte politico-culturel dans lequel s'inscrit la Charte, que

³⁶ Voir sur ce point CHERIF M., « La conversion ou apostasie entre le système juridique musulman et les lois constitutionnelles dans l'Algérie indépendante », in *Cahier d'études du religieux. Recherches interdisciplinaires*, Numéro spécial, 2011, <http://cerri.revues.org/809>, ou encore ALDEEB ABU SAHLIEH, S. A., *Le changement de religion en Egypte*, European Centre for Law and Justice, 2010, <http://eclj.org>. On mentionnera ici le cas de Nasr Hamid Abu Zayd, un intellectuel universitaire dont les enseignements et les écrits (*Critique du discours religieux*) heurtaient l'orthodoxie religieuse et dont le mariage a été dissout par la Cour d'appel du Caire en 1995, après avoir été reconnu comme apostat.

l'on peut alors y voir plus clair. Ainsi, la référence à la Déclaration du Caire et les clauses de limitation de l'exercice des droits aux dispositions de la législation interne en vigueur, donnent au texte une résonance toute particulière, où domine la voix du dogme religieux alors que la référence aux textes internationaux a, quant à elle, une portée davantage symbolique qu'opératoire.

La consécration de la liberté de religion dans la Charte arabe de 2004 reste donc purement formelle au sens du droit international des droits de l'Homme. Malgré un soupçon de bonne volonté et des efforts notables d'harmonisation avec les standards internationaux, la liberté religieuse reste prisonnière du carcan de la loi islamique s'agissant de la liberté de changer de religion. Il appartiendra alors aux nouveaux régimes mis en place dans le Monde arabe de rendre à cette dernière sa liberté.

L'ONU et la liberté religieuse¹

Jean DHOMMEAUX

Professeur émérite de l'Université de Rennes I, Faculté de droit et de science politique

« La défense de la doctrine n'est pas l'affaire du magistrat (qu'est-ce que le glaive peut avoir à faire avec la doctrine ?), c'est l'affaire des docteurs. L'affaire du magistrat, c'est de défendre le docteur comme il défend le paysan, l'artisan, le médecin, n'importe qui d'autre, contre les injustices » Sébastien Castellion².

La religion occupe une place privilégiée dans les textes internationaux, parce qu'elle est centrale dans les rapports entre l'individu et la société.

Les premières minorités et les premiers traités en matière de minorités concernent des minorités religieuses³.

Elle fait l'objet de textes généraux mais aussi de textes particuliers, voire très particuliers. Tous les textes, à vocation universelle ou régionale, en traitent de manière plus ou moins importante. Elle figure nommément dans toutes les dispositions relatives à la discrimination. Un texte lui est exclusivement: la Déclaration sur toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion et la conviction, du 25 novembre 1981. Sa naissance est symptomatique des difficultés de reconnaissance de cette liberté. Dès 1961, l'Assemblée générale avait chargé la Commission des droits de l'homme d'élaborer une déclaration et une convention. La Déclaration fut prête en 1981 et il n'y eut jamais de convention. Alors qu'elle aurait pu précéder des normes conventionnelles, elle les suit. On peut ainsi considérer qu'elle précise l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui est le texte contraignant le plus important. Les Conventions concernant des sujets particuliers, comme la femme et l'enfant, traitent également de ce droit en l'adaptant à leur situation spécifique. C'est également vrai pour les travailleurs migrants et les handicapés. On ajoutera deux autres déclarations qui abordent des communautés: l'une, de 1992, qui traite des personnes appartenant à des minorités, dont les minorités religieuses et l'autre, de 2007, sur les peuples autochtones où la religion occupe une place particulière, originale et inédite.

¹ Nous nous permettons de renvoyer à notre contribution antérieure « La religion dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme » lors du cinquième Colloque international des droits de l'homme d'Athènes de 2009 consacré à *Religions à l'épreuve des droits de l'homme*, Annuaire international des droits de l'homme, vol. V, 2010, Athènes, Bruxelles Ant.N. Sakkoulas-Bruylant, 2010, pp. 31-68. Il va de soi que les références étant les mêmes, quelques développements seront repris et mis à jour.

² *Contre le libelle de Calvin, après la mort de Michel Servet*, Genève, éditions Zoé, 1998, p.161. Stéphane Zweig qualifie cet ouvrage de « j'accuse de son siècle » et d' « un des plus sublimes pamphlets contre tous ceux qui tentent d'opprimer la parole au moyen de la loi, la croyance au moyen d'une doctrine, la conscience, née libre, en recourant à la force éternellement odieuse » dans son *Conscience contre violence*, Le livre de poche, 2010, p.p. 196-197. On trouvera une autre formule extraite du *Traité des hérétiques*: « Chercher le vérité et la dire, telle qu'on la pense, n'est jamais criminel. On ne saurait imposer à personne une conviction. Les convictions sont libres », cité par Stéphane Zweig, p. 161, qui mentionne aussi Luther: « L'hérésie est une affaire spirituelle, qui ne peut être lavée par aucun feu ni aucune eau terrestre », p. 163.

³ Citons, à titre d'illustration le traité d'Oliwa, entre la Suède et le Pologne, de 1660 concernant la Poméranie et la liberté religieuse, le traité de Nimègue de 1679 ou le traité de Breslau de 1742 qui concerne la cession de la Silésie par l'Autriche catholique à la Prusse luthérienne. L'accord du 21 juillet 1814, qui réunit la Belgique et la Hollande, mentionne la liberté de conscience, il en va de même du Protocole du 29 mars 1815 concernant la population catholique de la Savoie rattachée à la République de Genève. Le Congrès de Berlin de 1878 envisage les minorités dans le cadre de l'empire ottoman.

Par ailleurs, si la religion inclut une liberté en soi, elle est aussi présente dans un bon nombre d'autres droits et libertés : expression, réunion, association, et, de manière moins visible, dans les droits au logement ou à la santé, par exemple.

Elle peut être disséminée dans un même texte comme dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) par exemple.

On notera aussi la nature originale de cette liberté. Dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans la Convention américaine des droits de l'homme de San José du Costa Rica, mais pas dans la Convention européenne des droits de l'homme, c'est un droit indérogeable, ou intangible. Mais c'est aussi un droit limitable en tout temps.⁴

Très tôt, lors des débats sur l'article 18 de la DUDH, l'Arabie saoudite refusa le « droit de changer de religion », suggéré par le représentant du Liban, Charles Malik, l'apostasie étant un crime dans certains Etats islamistes. L'Egypte tenta aussi de s'y opposer en évoquant notamment la crainte que la Déclaration encourageât « les machinations de certaines missions bien connues en Orient, qui poursuivent inlassablement leurs efforts en vue de convertir à leur foi les populations de l'Orient »⁵.

La réaction se traduisit par une abstention de l'Arabie saoudite au moment du vote. On ne retrouvera plus cette formule dans l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Elle figure en revanche dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans la Convention américaine.

Ces réactions se poursuivent et se démultiplient en ce qui concerne les principaux instruments conventionnels: le Pacte relatif aux droits civils et politiques (CCPR), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) et la Convention des droits de l'enfant (CRC).⁶

L'article 18 du CCPR a fait l'objet de réserves au nom de la charia islamique de la part de Bahreïn, des Maldives, de la Mauritanie et du Pakistan. Ces réserves ont suscité des objections de la part de 25 Etats, ce qui est parfaitement inhabituel. En dehors de l'Australie, des USA, de Mexique et de l'Uruguay, ce sont tous des Etats européens. Les réactions varient car certains n'ont fait une objection qu'à l'égard d'un Etat (le Danemark ou les USA à l'égard du Pakistan par exemple), d'autres à l'égard de deux (l'Espagne à l'égard des Maldives et du Pakistan ou la Grèce à l'égard de la Mauritanie et du Pakistan). La France en a fait trois : à l'égard des Maldives, de la Mauritanie, du Pakistan mais pas du Bahreïn!

On notera une procédure assez rare : le retrait d'une réserve. C'est le cas du Pakistan, le 20 septembre 2011. Les objections n'y sont peut-être pas étrangères.

La CEDAW fait l'objet de réserves de la part de 17 Etats. Si la charia est invoquée pour certaines dispositions particulières (les Maldives concernant l'article 16, Brunei Darussalam concernant les articles 2 et 16 ou les Emirats arabes unis concernant l'article 15.2) d'autres visent toute la Convention et revendiquent une prévalence de la charia : l'Arabie saoudite, le Maroc, la Mauritanie ou Oman. Vingt Etats, tous européens à l'exception du Canada, ont émis des objections avec le même constat de dispersion. L'Allemagne, l'Autriche avec 14 objections, et la Finlande avec 11 ont été les plus vigilants. La France n'en a fait que 7, la Belgique 3 et le Canada seulement 2.

Le Bangladesh, la Malaisie, les Maldives et la Mauritanie ont retiré des réserves partielles. Le Malawi a modifié une réserve qui a suscité une réaction de l'Allemagne et de la Finlande qui ont estimé qu'elle élargit et renforce les réserves initiales.

⁴ Cf. infra une illustration jurisprudentielle de cette curieuse situation à propos de l'objection de conscience, III B.

⁵ Cf. le Rapport de G. PUPPINCK *lutter contre la diffamation des religions en réponse à la consultation du Bureau HCHR des Nations Unies sur le suivi par la France de la résolution 7/19 du Conseil des droits de l'homme du 27 mars 2008, sur la lutte contre la diffamation des religions*, www.eclj.org/pdf/ECLJ_French_submission_to_OHCHR_on_Combating_Defamation_diffamation_des_religions_Puppinck.pdf.

⁶ Nous reprenons les abréviations anglaises qui sont utilisées aux Nations Unies même dans les documents en français.

La CRC compte 16 Etats ayant émis réserves reposant sur la charia. Sept de ces Etats ne sont pas partie au CCPR. Ce sont parfois des réserves générales comme celles de l'Arabie saoudite, de l'Iran ou de la Syrie ou de la Mauritanie. Onze Etats tous européens, ont émis des objections. La Finlande et le Danemark en ont émis 12, les Pays-Bas 8. La France n'en a émis aucune. Le Saint-Siège, quant à lui, mentionne le droit primordial et inaliénable des parents en ce qui concerne l'éducation religieuse des enfants.

On notera une curieuse réaction syrienne, le 6 mai 1996, à l'objection allemande à sa réserve relative aux articles 20 et 21 où elle refusait l'adoption au profit de la kafalah et à l'article 14 qui, selon elle, ne concerne que la liberté de religion et non la liberté de pensée et de conscience⁷,

Djibouti, le 7 décembre 2009, le Pakistan, le 2 février 2005 et le Qatar, le 29 janvier 2009, ont retiré leur réserve générale. La Malaisie a retiré des réserves partielles le 23 mars 1999.

Pour étudier cette question nous envisagerons, dans un premier temps, le contenu et les limites de ce droit à la liberté religieuse sous tous ses aspects à travers les textes, mais aussi la jurisprudence des différents organes des Nations Unies: Comités conventionnels et procédures spéciales.⁸ L'EPU est à cet égard intéressant: pour les 8 premières sessions, les questions sur la religion sans être très nombreuses ne sont pas négligeables⁹. C'est l'article 18 du Pacte qui est le centre de cette réflexion, précisé par la Déclaration. Puis, nous verrons, dans un second point, les dispositions qui le complètent immédiatement et qui concernent la liberté d'expression, c'est-à-dire les articles 19 et 20 du Pacte. Nous étudierons, enfin, une série d'autres droits collatéraux qui sont indirectement concernés par cette liberté¹⁰.

I- Les éléments constitutifs de la liberté religieuse

La religion et la conviction sont au cœur des droits de l'homme et au centre de la nature même de la société et de l'Etat. On oscille entre for interne et for externe. L'Etat peut-il se mêler de la religion de chacun, voire imposer une religion d'Etat ?

« La religion ou la conviction constitue pour celui qui la professe un des éléments fondamentaux de sa conception de la vie... » affirme le 4^e alinéa de la Déclaration sur toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion et la conviction, du 25 novembre 1981¹¹.

⁷ « Les réserves formulées à l'égard de l'article 14 de la Convention ne s'appliquent qu'à la religion, à l'exclusion de la liberté de pensée et de conscience, dans la mesure où cette liberté n'est pas en contradiction avec le droit de parents et des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse de leurs enfants ».

⁸ On trouvera un document proposée par la Rapporteuse spéciale : *Plaintes individuelles et questionnaire de la Rapporteuse spéciale des Nations Unies sur la liberté de religion ou de conviction*, www2.ohchr.org/english/issues/religion/docs/questionnaire-f.doc.

⁹ On se reportera au site www.upr-epu.com/index_fr.php, Observatoire mondial des droits de l'homme-UPR Watch, qui mentionne 73 Etats interrogés sur la liberté religieuse. Les questions concernant un même Etat peuvent être démultipliées. (Consulté le 25 avril 2013). Lors de la deuxième session de l'EPU, la France a été l'objet de recommandations concernant les signes religieux extérieurs de la part du Canada, § 92, du Koweït § 120-23, du Pakistan (§ 120.26), du Soudan (§ 120.28), de l'Uruguay (§ 120.30) et de l'Egypte (§ 120.31). Cf aussi le rapport A/HRC/23/3, 21 mars 2013.

¹⁰ Pour une analyse complète de chacun des éléments de la liberté de religion et de conviction, cf. *Digest on freedom of religion. Excerpts of the Reports from 1986 to 2011 by the Special Rapporteur on freedom of Religion and belief Arranged by topics of the Framework of Communications*, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Religion/RapporteursDigestFreedomReligionBelief.pdf>

¹¹ La « liberté de croire » associée à celle de « parler », « libérés de la terreur et de la misère » figure dans le 2^e alinéa du préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui reprend textuellement le discours du Président Roosevelt

L'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme traite spécifiquement de la liberté religieuse : « Toute personne a la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites ». La liberté religieuse inclut celle des parents de « choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants », ce qui inclut l'enseignement religieux.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques explicite et complète la DUDH. Son article 18¹² est beaucoup plus copieux que son homologue : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement. 2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix. 3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui. 4. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions ».

La liberté religieuse ne touche pas que les individus, elle concerne aussi des groupes ou des communautés. Les droits d'autrui pouvant viser une pluralité de personnes comme dans les affaire Faurisson et Ross¹³.

Les minorités religieuses sont une des rares formes de minorités, à côté des minorités ethniques ou linguistiques, telles qu'elles figurent à l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, du 18 décembre 1992 explicite l'article 27 du Pacte.

L'article 12 de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones est plus précis et adapté à ses destinataires: « 1. Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer; et le droit au rapatriement de leurs restes humains. 2. Les États veillent à permettre l'accès aux objets de culte et aux restes humains en leur possession et/ou leur rapatriement, par le biais de mécanismes justes, transparents et efficaces mis au point en concertation avec les peuples autochtones concernés » Il existe une précieuse jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme à propos des peuples autochtones du Guatemala, du Nicaragua, du Paraguay et du Surinam. Les arrêts de la Cour préfigurent peut-être la réparation d'un « dommage spirituel »¹⁴.

devant le Congrès, le 1 janvier 1941. « L'avènement d'un monde » assurant ces droits est « proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme ».

¹² Cf. Le commentaire de C.de LA HOGUE sur l'article 18, *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011, pp. 423-446.

¹³ Cf. infra, II B.

¹⁴ Cf. notre article « Les communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Pédone, 2009, pp. 183-214.

Cette liberté religieuse devra donc s'adapter aux différents sujets¹⁵.

Plusieurs éléments sont réunis dans l'article 18 : la liberté de choisir sa religion et d'en changer, le droit d'être à l'abri des contraintes et des pressions, le droit de manifester sa religion et, enfin, pour les parents, le droit d'éduquer ses enfants selon leurs propres convictions.

Les violations des différentes composantes sont nombreuses. Le rapport sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse¹⁶ évoque 1250 plaintes concernant 130 Etats. Le dernier rapport « Communications report of special procedures »¹⁷ mentionne 31 plaintes du 1 juin 2011 au 30 novembre 2012 et 289 du 1 juin 2006 au 30 novembre 2012 auxquelles il convient de rajouter 8 plaintes pour la période décembre 2012-février 2013.¹⁸ La proportion est de 4,5% de la totalité, sans commune mesure avec les 31% qui sont relatives aux défenseurs des droits de l'homme ou les 27% qui concernent la liberté d'expression.

A) Le droit d'avoir ou d'adopter une religion de son choix

C'est dans son Observation générale n° 22 (1993) concernant « Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion », que le Comité des droits de l'homme¹⁹ a le mieux et le plus longuement cerné le contenu et les limites de ce droit. « 1. Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (qui implique la liberté d'avoir des convictions) visé au paragraphe 1 de l'article 18 a une large portée; il englobe la liberté de pensée dans tous les domaines, les convictions personnelles et l'adhésion à une religion ou une croyance, manifestée individuellement ou en commun.... 2. L'article 18 protège les convictions théistes, non théistes et athées, ainsi que le droit de ne professer aucune religion ou conviction. Les termes "conviction" et "religion" doivent être interprétés au sens large. L'article 18 n'est pas limité, dans son application, aux religions traditionnelles ou aux religions et croyances comportant des caractéristiques ou des pratiques institutionnelles analogues à celles des religions traditionnelles ». En outre, « 5. Le Comité fait observer que la liberté "d'avoir ou d'adopter" une religion ou une conviction implique nécessairement la liberté de choisir une religion ou une conviction, y compris le droit de substituer à sa religion ou à sa conviction actuelle une autre religion ou conviction ou d'adopter une position athée, ainsi que le droit de conserver sa religion ou sa conviction ». Finalement, sur ce dernier point, le Comité en revient à la formule de la DUDH contestée par l'Arabie Saoudite, le droit de « changer de religion ».

Le Comité considère que cette liberté doit exister dans tout Etat même s'il connaît une religion d'Etat ou une religion dominante : « 10. Si un ensemble de convictions est traité comme une idéologie officielle dans des constitutions, des lois, des proclamations de partis au pouvoir, etc., ou dans la pratique, il ne doit en découler aucune atteinte aux libertés garanties par l'article 18 ni à aucun autre droit reconnu par le Pacte, ni aucune discrimination à l'égard des personnes qui n'acceptent pas l'idéologie officielle ou s'y opposent ».

Un tel droit essentiel est parfois nié dans l'hypothèse où existe l'apostasie comme en Arabie saoudite, au Pakistan, ou au Soudan²⁰. Dans le Rapport du 20 février 2013 sur « les

¹⁵ Le dernier texte, à la fois synthétique et complet, est la Résolution 22/20 du Conseil des droits de l'homme, liberté de religion ou de conviction, A/HRC/RES/22/20, 12 avril 2013.

¹⁶ A/67/308, 13 août 2012.

¹⁷ A/HRC/22/6, 20 February 2013.

¹⁸ A/HRC/23/51, 22 May 2013.

¹⁹ Sur la jurisprudence du Comité, on se reportera principalement à N. BOUZIRI (ancien membre du Comité), *la protection des droits civils et politiques par l'O.N.U. L'œuvre du Comité des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2003 ; et L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

²⁰ CCPR/C/79/Add.85, 19 novembre 1997, §8. Cf. aussi infra.

communications en vertu de procédures spéciales»²¹ est mentionné le cas, en Arabie saoudite, de 2 membres d'une communauté musulmane locale qui risquent la peine de mort s'ils ne renient pas leur foi. On est aussi dans les contraintes qu'impose l'Etat.

B) Le droit de ne pas subir de contrainte

Le Comité précise ainsi cette notion : « 5. Le paragraphe 2 de l'article 18 interdit la contrainte pouvant porter atteinte au droit d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction, y compris le recours ou la menace de recours à la force physique ou à des sanctions pénales pour obliger des croyants ou des non-croyants à adhérer à des convictions et à des congrégations religieuses, à abjurer leur conviction ou leur religion ou à se convertir. Les politiques ou les pratiques ayant le même but ou le même effet, telles que, par exemple, celles restreignant l'accès à l'éducation, aux soins médicaux et à l'emploi ou les droits garantis par l'article 25 et par d'autres dispositions du Pacte, sont également incompatibles avec le paragraphe 2 de l'article 18. Les tenants de toutes les convictions de nature non religieuse bénéficient d'une protection identique ».

. On trouve dans l'activité récente du Rapporteur spécial sur la torture les traitements et peines cruels, inhumains et dégradants trois plaintes qui mentionnent une exécution imminente de personnes condamnée (dont une en 5 minutes) à mort pour « moharebeh » pour hostilité à l'égard de la religion²² De même on y trouve, un cas égyptien de diffamation de la religion²³.

C) La liberté de manifester sa religion

Le Comité la définit ainsi: « 4. La liberté de manifester une religion ou une conviction peut être exercée "individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé". La liberté de manifester sa religion ou sa conviction par le culte, l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement englobent des actes très variés. Le concept de culte comprend les actes rituels et cérémoniels exprimant directement une conviction, ainsi que différentes pratiques propres à ces actes, y compris la construction de lieux de culte, l'emploi de formules et d'objets rituels, la présentation de symboles et l'observation des jours de fête et des jours de repos. L'accomplissement des rites et la pratique de la religion ou de la conviction peuvent comprendre non seulement des actes cérémoniels, mais aussi des coutumes telles que l'observation de prescriptions alimentaires, le port de vêtements ou de couvre-chefs distinctifs, la participation à des rites associés à certaines étapes de la vie et l'utilisation d'une langue particulière communément parlée par un groupe. En outre, la pratique et l'enseignement de la religion ou de la conviction comprennent les actes indispensables aux groupes religieux pour mener leurs activités essentielles, tels que la liberté de choisir leurs responsables religieux, leurs prêtres et leurs enseignants, celle de fonder des séminaires ou des écoles religieuses, et celle de préparer et de distribuer des textes ou des publications de caractère religieux ». De plus, les limitations doivent répondre aux exigences de l'article 18.3 : légalité, finalité et proportionnalité.

Les illustrations de ces dernières années fournies par les Rapporteurs spéciaux et à titre principal le Rapporteur spécial sur la religion, sont nombreuses: arrestations, manifestations pacifiques brutalement réprimées, destruction de lieux de cultes...

Cette multiplicité des formes de violation a suscité une jurisprudence qui jongle avec les différentes dispositions qu'il convient donc d'examiner globalement.

Le Comité des droits de l'homme a été confronté à des modalités d'accomplissement des rites qui l'ont conduit à en préciser un peu le contenu. Les affaires M.A.B., W.A.T et

²¹ A/HRC/C22/67.

²² Rapport A/HRC/C/22/53/Add.4, 12 March 2013. Ce sont les cas n° IRN/6/2012, 9/2012 et 11/2012.

²³ Ibid. EGY, 13/2012. Cf. infra dans II A une étude spécifique de ces notions.

J.A.Y.T c. Canada ²⁴, du 8 avril 1994, qui concernaient les activités d'une organisation religieuse dont la croyance consistait essentiellement ou exclusivement dans le culte et la distribution d'un stupéfiant avaient été déclarées irrecevables. Elles ont pourtant permis au Comité de qualifier ce qui ne peut être une religion : « une croyance qui consiste essentiellement ou exclusivement dans le culte et la distribution d'un stupéfiant ne saurait entrer dans le champ d'application de l'article 18 du Pacte »²⁵. L'affaire Prince c. Afrique du Sud, du 31 octobre 2007²⁶, lui permet d'aller un peu plus loin dans son raisonnement. Dans cette affaire, le requérant revendiquait le droit pour les rastafariens de posséder et d'utiliser le cannabis nécessaire à leur cérémonie religieuse. La Cour constitutionnelle leur refusa par 5 voix contre 4²⁷. Devant le Comité sont invoquées les violations des articles 18, 26 (inégalité devant la loi) et 27 (liberté religieuse de personnes appartenant à une minorité). Le Comité ne constate finalement aucune violation.

Une autre manifestation concerne le refus de constitution de groupements religieux. Il en va ainsi du refus de créer des écoles religieuses dans l'affaire Sœur Immaculate Joseph et 80 sœurs enseignantes de la Sainte-Croix du Troisième Ordre de Saint François d'Assise de Menzingen c. Sri Lanka²⁸, du 21 octobre 2005. L'Etat invoque le fait que de procurer des avantages matériels à des personnes vulnérables propagerait la religion de manière contraignante et inappropriée. Le Comité estime que le refus n'est pas justifié et constate une violation de l'article 18.3. Dans l'affaire Malakhosky c. Bélarus²⁹, du 26 juillet 2005, c'est le refus d'enregistrement en tant qu'association de la communauté Vaishnava qui est porté devant le Comité qui constate une violation conjuguée des paragraphes 1 et 3 de l'article 18.

Dans le même domaine de l'enseignement, le Comité a, lui aussi, eu à connaître de l'interdiction du port du voile à l'université dans l'affaire Hudoyberganova c. Ouzbekistan³⁰ du 5 novembre 1994. Alors que l'Etat ne justifie pas les restrictions nécessaires au sens de l'article 18.3, le Comité constate que « les politiques ou les pratiques ayant le même but ou le même effet de contrainte directe, telles que celles restreignant l'accès à l'éducation, sont incompatibles avec le paragraphe 2 de l'article 18 du Pacte ». L'arrêt paraît ainsi en contradiction avec la jurisprudence Leyla Sahin de la Cour européenne des droits de l'homme, des 29 juin 2004 et 10 novembre 2005, mais il s'agit de deux cas d'espèce³¹.

Dans l'affaire Singh Bhinder c. Canada du 9 novembre 1989³², il s'agit d'un homme, de confession sikhe, qui souhaite continuer à porter son turban au détriment d'un casque protecteur. Cela lui est interdit. Le Comité estime que la restriction est tout à fait justifiée en raison du risque de blessures et de chocs électriques et ne constate pas de violation de l'article 18.3.

Dans l'affaire Singh c. France du 22 juillet 2011³³, c'est le port du keski sur une carte de séjour qui est contesté. Le Comité n'est pas convaincu par les arguments invoqués : protection de l'ordre public, risques de falsification et de fraude. « Il conclut donc que la réglementation exigeant d'apparaître « tête nue » sur les photographies d'identité de la carte

²⁴ N° 570/1993.

²⁵ § 4.2

²⁶ N° 1474/2006, § 6.5

²⁷ La Commission africaine des droits de l'homme avait adopté la même attitude en décembre 2004, *ibid.* § 2.6.

²⁸ N° 1249/2004.

²⁹ N° 1207/2003.

³⁰ N° 931/2000.

³¹ Sur cette question, voir C. HUSSON « Le Comité des droits de l'homme face au voile : une solution très éloignée de l'arrêt Leyla Sahin rendu par la Cour de Strasbourg », *L'Europe des Libertés*, N° 16, Strasbourg. Lors de son second EPU, la France a répondu aux 11 Etats, dont les USA et l'Inde, qui lui faisaient des recommandations sur ce thème, que sa conception de laïcité, inscrite dans la Constitution, avait été validée par la Cour européenne des droits de l'homme, A/HRC/23/3, 21 mars 2013, § 48.

³² N° 208/1986.

³³ N° 1876/2009.

de résident est une restriction portant atteinte à la liberté de religion de l'auteur et constitue en l'espèce une violation de l'article 18 du Pacte »

Une autre affaire Brikramjit Singh, du 1 novembre 2012³⁴, qui concerne un collégien, vient confirmer cette jurisprudence. Le Comité note que le port du keski est à la fois un signe d'identité et un précepte religieux obligatoire. La France est condamnée de nouveau. On notera, sur le plan de la recevabilité, un intéressant débat. La France considère que seule la violation de la CEDH a été examinée par le Conseil d'Etat qui ne pouvait que refuser en raison de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme du 4 décembre 2008, Dogru et Kervani c. France³⁵. Le Comité répond, comme dans la précédente affaire, que ce sont les droits contenus dans le Pacte qui doivent être soulevés en substance. Ceci vaut donc même si ces droits ne sont pas appliqués de la même façon. Si le Pacte avait été évoqué quelle aurait été l'attitude du Conseil d'Etat face à deux instruments contradictoires? Il aurait difficilement pu appliquer le Pacte et s'il l'avait fait, en lui donnant le même sens que celui de la CEDH, il aurait été immédiatement désavoué par le Comité.

Dans l'affaire, Clement Boodoo c. Trinité-et-Tobago, du 2 avril 1996³⁶, il s'agit d'une personne détenue à qui le port de la barbe et la possession de livres religieux ont été interdits. Le Comité conclut à une violation de l'article 18.

Dans le cas Coeriel et Aurik c. Pays-Bas³⁷ des personnes demandent à changer de patronyme afin d'accéder à certaines fonctions religieuses hindouistes. Le Comité estime que « en ce qui concerne la violation de l'article 18 du Pacte invoquée par les auteurs, le Comité a considéré que la réglementation applicable aux noms et au changement de nom relève au premier chef de l'ordre public et que des restrictions sont donc autorisées au titre du paragraphe 3 de l'article 18. C'est donc sur l'article 17, concernant le droit à une vie privée, que va se fonder le Comité. Il constate une violation.

Enfin, le Comité des droits de l'homme s'est prononcé sur une question tout à fait importante à de nombreux égards. Il s'agissait dans l'affaire Nabil Sayadi et Patricia Vinck du 22 octobre 2008³⁸, d'une demande de radiation de personnes figurant sur la liste établie par le Comité des sanctions des Nations Unies dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. La décision avait été prise par le Conseil de sécurité, puis relayée par un Règlement du Conseil de l'Union européenne et mise en œuvre par le Gouvernement belge. Le Tribunal de première avait condamné la Belgique à rayer les personnes en question. Le Comité condamne la Belgique pour atteinte au droit de quitter son pays (article 12 du Pacte) et atteinte à l'honneur et à la vie privée (article 17) sans même examiner l'article 18³⁹.

D) La liberté d'éduquer ses enfants conformément à la conviction des parents

La formule de l'alinéa 4 de l'article 18 reprend, sous une forme plus concentrée, l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Le Comité des droits de l'homme traite de cette question dans son Observation générale : « 6. Le

³⁴ N° 1852/2008, CCPR/C/106/D/1852/2008. Le Comité des droits de l'homme, CCPR/FRA/CO/4, 31 juillet 2008, para.23 et le Comité des droits de l'enfant CRC/15/Add.240, 30 juin 2004, para. 25, dans leurs Observations finales concernant les rapports français, n'avaient pas vu quelles raisons, notamment l'ordre public, pouvaient justifier cette interdiction,

³⁵ N° 27058/2005 et 31645/2004.

³⁶ N° 721/1996.

³⁷ N° 453/1991.

³⁸ N° 1472/2006.

³⁹ L'inscription sur la liste du Comité des sanctions semble sujette à caution comme en témoigne un article de V. de GRAFFENRIED dans *Le Temps* du 9 juin 2009 : « les listes noires du terrorisme sont arbitraires », « La Suisse, et Dick Marty en particulier, milite pour une plus grande transparence des listes noires de l'Onu. Actuellement une personne qui y figure et qui est touchée par des sanctions ne peut être radiée. Le sénateur, auteur d'un rapport sur la question pour le Conseil de l'Europe, est très critique ».

Comité est d'avis que le paragraphe 4 de l'article 18 permet d'enseigner des sujets tels que l'histoire générale des religions et des idées dans les établissements publics, à condition que cet enseignement soit dispensé de façon neutre et objective. La liberté des parents ou des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions, prévue au paragraphe 4 de l'article 18, est liée à la garantie de la liberté d'enseigner une religion ou une conviction proclamée au paragraphe 1 du même article. Le Comité note que l'éducation publique incluant l'enseignement d'une religion ou d'une conviction particulière est incompatible avec le paragraphe 4 de l'article 18, à moins qu'elle ne prévoie des exemptions ou des possibilités de choix non discriminatoires correspondant aux vœux des parents et des tuteurs »⁴⁰.

L'affaire *Hartikainen et autres c. Finlande* du 9 avril 1981⁴¹ conduit le Comité à estimer que l'enseignement dans un contexte religieux doit respecter les convictions des parents quand ils n'ont pas de religion. L'autre affaire, *Lairvag* concerne la Norvège du 3 novembre 2004⁴². La religion luthérienne est religion d'Etat. L'enseignement religieux est imposé tout en prévoyant des dispenses. Les auteurs de la communication se plaignent de la difficulté voire de l'impossibilité de les obtenir, en violation du Pacte. Le contenu de l'enseignement religieux est sujet à caution dans la mesure où il inclut l'obligation d'apprendre des prières et de chanter des hymnes religieux. L'ensemble de ces éléments conduit le Comité à constater une violation de l'article 18.4.

La question de l'aide financière sélective à certaines confessions a suscité deux prises de position du Comité des droits de l'homme. Dans l'affaire *Waldman c. Canada*⁴³ du 3 novembre 1999, il constate une violation mais il déclare l'affaire *Tadman et Prentice c. Canada*⁴⁴, du 2 juillet 2008, irrecevable.

La religion ne s'extériorise pas seulement à travers l'article 18. La liberté d'expression vient la mettre en œuvre.

II- La liberté religieuse et la liberté d'expression

La proximité des articles 18 et 19⁴⁵ démontre les liens entre les deux dispositions. Il existe aussi, à l'article 20.2⁴⁶, un complément aux articles 18 et 19 : il s'agit de l'interdiction de l'expression de la « haine religieuse »⁴⁷.

⁴⁰ L'Observation générale n° 13 du Comité des droits économiques, sociaux culturels sur « le droit à l'éducation », adopte pratiquement la même formulation à propos du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Dans son rapport de 2009, la Rapporteuse spéciale, Mme Asma Jahangir, évoque les Principes directeurs de Tolède qui régissent la question de la religion à l'école : « Selon les Principes directeurs de Tolède, l'enseignement relatif aux religions et aux convictions doit être dispensé dans un esprit d'équité, de manière exacte et dans le cadre de programmes soigneusement conçus. L'environnement dans lequel est dispensé l'enseignement relatif aux religions et aux convictions doit être respectueux des droits de l'homme, des libertés fondamentales et des valeurs civiques. Si les Principes directeurs de Tolède reconnaissent que l'enseignement relatif aux religions et aux convictions relève d'abord de la responsabilité des établissements d'enseignement, ils reconnaissent aussi le rôle des familles et des organisations », A/HRC/10/8, 6 janvier 2009, § 8.

⁴¹ N° 40/1978.

⁴² N° 1155/2003.

⁴³ N° 694/1996. Cette affaire montre les difficultés suscitées par le fédéralisme: les aides à l'enseignement sont du domaine des Etats fédérés, alors que le seul sujet de droit reconnu par le Comité est l'Etat fédéral. Celui qui ratifie n'applique pas et celui qui applique ne peut ratifier. On peut imaginer une fédéralisation de cette question, elle est cependant tributaire des Etats fédérés compétents pour réviser la Constitution !

⁴⁴ N° 1486/2006.

⁴⁵ Cf. Le commentaire de l'article 19, S.TOUZE, « *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article* », précité, pp. 447- 460.

⁴⁶ Cf. le commentaire de l'article 20 par H. AKTYPIS *ibid.*, pp. 461-470.

On est en présence ici de notions difficiles à préciser alors même qu'il s'agit de délits, voire de crimes dans un certain nombre d'Etats.

A-La liberté d'expression : le blasphème et la question de la diffamation à l'égard des religions

Il s'agit là des deux principales controverses qui ont provoqué une abondante littérature au sein des Nations Unies.

Dans son rapport à l'Assemblée générale, du 20 août 2008⁴⁸, la rapporteuse spéciale sur la liberté de religion et de conviction, Mme Jahangir, estime que le blasphème figure dans plusieurs lois nationales⁴⁹ qui « ne protègent que la principale religion ou conviction de l'Etat concerné, où elles sont appliqués de manière discriminatoire » et servent à réprimer les minorités, les dissidents, les athées et les non-théistes⁵⁰. Compte-tenu du grand nombre de religions et de convictions, leurs adeptes peuvent avoir véritablement des divergences de vues et qu' « il serait difficile, voire dangereux, de définir, *in abstracto* ce qui constitue une « diffamation religieuse » et de trouver un organe impartial indépendant et non arbitraire pour juger ces affaires »⁵¹.

Une étude de la Commission de Venise sur le blasphème intitulée « Rapport sur la relation entre liberté d'expression et liberté religieuse : réglementation et répression du blasphème, de l'injure à caractère religieux et de l'incitation à la haine raciale » montre que si le délit existe, il ne doit pas être fait pour protéger l'Etat mais les droits d'autrui et l'ordre public.

L'Observation générale n° 34 du CDH, du 12 septembre 2011⁵² s'exprime ainsi : « 48. Les interdictions des manifestations de manque de respect à l'égard d'une religion ou un autre système de croyance y compris les lois sur le blasphème, sont incompatibles avec le Pacte, sauf dans les circonstances spécifiques envisagées au paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte. Ces interdictions doivent en outre respecter les conditions strictes énoncées au paragraphe 3 de l'article 19, et les articles 2, 5, 17, 18 et 26».

Le Pakistan a prévu la peine de mort pour blasphème⁵³ On ajoutera le cas indonésien⁵⁴ 2012 qui concerne des poursuites pour blasphème contre un enseignant de la faculté de droit d'Aceh. Le « Communications report of special procedures »⁵⁵, mentionne aussi le cas MYS 2/2012 du 2 mars 2012, qui concerne la situation, au Myanmar, d'un journaliste saoudien, qui a tenu des propos sur twitter concernant le prophète Mahomet qui l'ont conduit à être accusé d'apostasie par l'Arabie saoudite et à être expulsé. Il risque la peine de mort pour blasphème⁵⁶. Les deux motifs d'inculpation paraissent liés. Cela signifie-t-il des degrés dans le blasphème qui pourrait conduire à une apostasie ? Plus récemment une plainte du 5 juillet 2012 concernant la Tunisie fait état d'une condamnation 7ans de prison de 2 personnes qui avaient mis sur Facebook des caricatures de Mahomet et de la condamnation à une amende du

⁴⁷ Cf. Experts seminar on the links between articles 19 and 20 of the ICCPR: "Freedom of expression and advocacy of religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility and violence", Geneva 2-3 october 2008, Office of the UNHCHR.

⁴⁸ A/62/280.

⁴⁹ Dans son rapport de mission au Royaume-Uni, Mme Asma Jahangir note l'existant du délit de blasphème évoqué à l'occasion des Versets sataniques mais qui ne concerne que la protection de la religion chrétienne. Le délit n'existe plus en Ecosse depuis 1843, A/HRC/7/10/Add.3, § 49, 7 février 2008.

⁵⁰ § 70.

⁵¹ § 77.

⁵² Sur les discussions précédant cette formule, cf. CCPR/C/SR.2820, 3 août 2011.

⁵³ Cf. le rapport A/HRC/C/21/49 et A/HRC/16/53 Add.1 PAK 15/2010.

⁵⁴ Ibid. IDN 13/2012, 30 novembre 2012.

⁵⁵ A/HRC/C/22/67, 20 février 2013.

⁵⁶ Une affaire comparable figurait dans un rapport précédent A/HRC/C/20/30 et concernait l'expulsion de la Malaisie vers l'Arabie saoudite d'une personne pour apostasie avec un risque de peine de mort.

directeur d'une chaîne de télévision qui avait diffusé le film *Persépolis* de Marjane Satrapi contenant une scène avec un Di⁵⁷eu personnifié.

Par ailleurs, la question de la diffamation à l'égard des religions a été posée par la Commission des droits de l'homme dès 1999, à trois reprises avant même le 11 septembre 2001.

La Résolution 19/82 du 30 avril 1999 de la Commission des droits de l'homme, intitulée « diffamation des religions », « engage tous les Etats à prendre, dans leur cadre juridique national, en conformité avec les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, toutes les mesures appropriées pour combattre la haine, la discrimination, l'intolérance et les actes de violence, d'intimidation ou de coercition motivés par l'intolérance religieuse, y compris les attaques contre des sites religieux, et pour encourager la compréhension, la tolérance et le respect en tout ce qui a trait à la liberté de religion et de conviction ». Cette définition sera reprise le 26 avril 2000 (résolution 2000/84) mais est abandonnée le 18 avril 2001 (résolution 2001/4).

Une dérive est en cours depuis plusieurs années, visant à confondre racisme et propos touchant les religions, et à titre principal, la religion musulmane.⁵⁸ Les notions d'« intolérance contre les religions » et de « diffamation des religions » constituent aujourd'hui le cœur des préoccupations du nouveau Conseil des droits de l'homme⁵⁹. Cette attitude vise évidemment à restreindre la liberté d'expression. Ainsi, dans sa résolution du 23 mars 2008, qui définit le mandat du Rapporteur spécial sur la liberté d'expression, celui-ci se voit attribuer comme rôle de « débusquer... les cas où la liberté d'expression constitue un acte de discrimination raciale ou religieuse » et s'assurer « que toutes les formes de médias rapportent des informations de manière équitable et impartiale »⁶⁰. Cette diffamation a failli être au cœur de la conférence de Durban II mais a été exclue du communiqué final à la suite de laborieuses négociations. L'argument avancé a été que le blasphème peut trouver sa place dans l'interdiction de la haine religieuse⁶¹!

Le rapport Githu Muigai, rapporteur spécial sur la religion, du 12 juillet 2010 porte sur « les manifestations de la diffamation des religions et en particulier sur les incidences de l'islamophobie sur la jouissance de tous les droits des fidèles »⁶². Le rapporteur recense les différentes manifestations : la discrimination apparaît à travers le refus d'un médecin hollandais de recevoir dans son cabinet une femme en niqab ou l'obligation exigée par le Pakistan de reconnaître Mahomet comme seul prophète pour obtenir un passeport, les attaques contre les sites religieux en Iran, en Caroline du Sud contre un centre islamique, à Crépy en Valois une inscription sur un lieu de culte musulman ou le profilage ethnique et religieux le harcèlement des sikhs aux USA. Les symboles religieux sont méconnus dans un certain nombre de pays : le foulard en Turquie, le turban sikh en France, les minarets en Suisse, la présence du crucifix en Italie, après l'arrêt Lautsi de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme qui serait contraire à la neutralité de l'Etat et la burqa dans les lieux publics en Belgique et en France⁶³. Sont aussi évoquées les images stéréotypées visant les religions, leurs adeptes et les personnes sacrées. Il en va ainsi des dessins

⁵⁷ AHRC/23/51, 22 May 2013, TUN 2/2012, 5 July 2012.

⁵⁸ L'Organisation de la Conférence islamique a tenté, à Durban, d'assimiler diffamation et racisme.

⁵⁹ Cf. la Résolution du 30 juillet 2007 sur la diffamation des religions qui ne vise en réalité que l'Islam.

⁶⁰ Sur cette évolution, on se reportera à MALKA MARKOVITCH *Les Nations désunies : Comment l'ONU enterre les droits de l'homme*, éditions Jacob-Duvernet, Paris, 2008, particulièrement pp 91 à 128 et 141 à 181.

⁶¹ Cf. par exemple « Et « Durban II » fut sauvé », *Le Monde*, 25-26 avril 2009.

⁶² A/HRC/15/53. Il fait suite à la résolution 13/16 du 25 mars 2010, « lutte contre la diffamation des religions ». On se reportera aussi au rapport de Doudou Diène, A/HRC/9/12, du 2 septembre 2008, « qui traite de la diffamation des religions, en particulier sur les incidences graves de l'islamophobie sur les droits ». Le rapport étudie, en réalité d'autres religions et mentionne de nombreuses illustrations d'actes de « diffamation ».

⁶³ Dans son rapport de mission au Royaume-Uni, Mme Asma Jahangir notait également les interdictions du jibab et du niqab, A/HRC/7/10/Add.3, § 45, 7 février 2008.

humoristiques représentant des juifs de manière négative en Arabie saoudite ou la reproduction en Norvège, en novembre 2010 de certaines des caricatures danoises de Mahomet.

On le voit il s'agit d'une définition extrêmement vaste qui fait perdre à la diffamation tout contenu précis qui est une exigence minimale en matière de droit pénal, celle de la légalité des délits et des peines.

Cette notion et ses conséquences ont suscité des réactions et des prises de position émanant de différentes sources.

Dans leur rapport conjoint, du 20 septembre 2006⁶⁴ les deux rapporteurs sur le racisme et la liberté de religion ont considéré que « le droit international relatif aux droits de l'homme protège au premier chef les individus dans l'exercice de la liberté religieuse et non pas les religions elles-mêmes [...] la liberté de religion et de conviction, telle qu'elle est consacrée par les normes juridiques internationales n'englobe pas le droit de voir sa religion ou sa conviction à l'abri de la critique ou de la dérision [...] l'atteinte diffamatoire à une religion peut offenser certaines personnes et blesser leur sentiment religieux, mais elle n'a pas nécessairement pour résultat ou en tout cas pour résultat direct, une violation de ces personnes, notamment leur liberté religieuse. La liberté de religion confère principalement le droit d'agir selon sa religion mais ne confère pas celui de voir cette religion protégée de tout commentaire négatif ».

Les Etats occidentaux s'y sont toujours opposés comme en témoigne l'intervention du Portugal devant l'Assemblée générale au nom de l'Union européenne : « l'Union européenne ne considère pas comme valable la notion de « diffamation des religions » dans un discours traitant des droits de l'homme. Dans le cadre des droits de l'homme, les membres des communautés religieuses ou confessionnelles ne devraient pas être considérés comme faisant partie d'une entité homogène. La législation en matière de droits de l'homme protège principalement les individus dans l'exercice de leur liberté religieuse ou de confession plutôt que les religions elles-mêmes »⁶⁵.

Le Conseil de l'Union européenne, le 16 novembre 2009, a adopté une résolution dans laquelle il « se déclare vivement préoccupé par le fait que les pays qui disposent d'une législation relative à la diffamation des religions ont souvent recours à celle-ci pour brimer les minorités religieuses et limiter la liberté religieuse, ainsi que la liberté de religion et de conviction ». et où il affirme « que le droit international des droits de l'homme protège les personnes et les groupes de personnes et, à cet égard [...] la diffamation des religions n'est pas une notion qui relève des droits de l'homme »⁶⁶.

On doit donc conclure de ces réactions que la diffamation à l'égard des religions n'est pas prévu par le droit international des droits de l'homme, que les attaques contre une religion ne portent pas nécessairement atteinte à la liberté religieuse et que la pénalisation de la diffamation doit être abandonnée.

Dans le procès des Pussy Riot il semble que blasphème et diffamation à l'égard de la religion ont été confondus.

Dès lors, la seule sanction ne peut concerner que l'appel à la haine religieuse.

⁶⁴ A/HRC/2/3, §§ 36-37. On se reportera aussi au rapport « Etude du Haut Commissariat des Nations Unies sur les lois et la jurisprudence pertinentes actuelles concernant la diffamation et le mépris des religions », A/HRC/9/25, 5 septembre 2008.

⁶⁵ Rapport Gregor Puppinck précité, p.8-9 et www.iheu.org/node/2949.

⁶⁶ Conseil de l'Union européenne, 15510/09, COHOM 250, PESC 1488, COPOL 72, Projet de conclusions du Conseil sur la liberté de religion et de conviction, 11 novembre 2009 ;

B- La haine religieuse

L'article 20.2 affirme : « Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi ».

Il a pour origine l'article 29.3 de la DUDH qui prohibe la violation des libertés fondamentales inscrites dans la Charte des Nations Unies : la discrimination raciale et religieuse est interdite.

Le rapport conjoint précité⁶⁷ montre l'originalité de cette disposition : « 46. Comparé aux autres dispositions du Pacte , l'article 20 a ceci de singulier qu'il fixe non pas un droit de l'homme mais les limites d'autres droits et qu'il exige des Etats parties qu'ils légifèrent dans le sens de la restriction. Il est intéressant de noter que les commentateurs ont remarqué que ces limites n'apparaissent pas dans la disposition relative à la liberté d'expression font l'objet d'un article distinct. Autrement dit celui-ci fixe les limites concernant d'autres droits, dont la liberté religieuse. L'exercice de la liberté religieuse pourrait donc être éventuellement l'occasion d'une propagande interdite par l'article 20. 47. L'article 20 a été rédigé dans le contexte historique des abominations commises par le régime nazi pendant la seconde Guerre mondiale. Le seuil qui est fixé est relativement élevé puisque les actes visés dont il est question doivent être un appel à a haine nationale, raciale et religieuse [...] L'expression d'une opinion ne peut être interdite en vertu de l'article 20 que si elle est une incitation à commettre dans l'instant un acte de violence ou de discrimination contre un individu ou un groupe particulier ». Le Comité le note dans son Observation générale n° 22 « 7. Conformément à l'article 20, la manifestation d'une religion ou d'une conviction ne peut correspondre à une forme de propagande en faveur de la guerre ou à un appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence. Comme l'a indiqué le Comité des droits de l'homme dans l'Observation générale 11 ». Or celle-ci est essentiellement consacrée à la guerre. Il serait souhaitable qu'il élabore une nouvelle Observation générale pour en préciser le contenu véritable.

L'Observation générale sur l'article 19 (2011) vient apporter quelques précisions. « 50. Les articles 19 et 20 sont compatibles l'un avec l'autre et se complètent. Les actes visés à l'article 20 tombent tous sous le coup des restrictions énoncées au paragraphe 3 de l'article 19. De ce fait, une limite qui est justifiée par l'invocation de l'article 20 doit également être conforme au paragraphe 3 de l'article 19. 51. Ce qui distingue les actes visés à l'article 20 d'autres actes qui peuvent également être soumis à une restriction conformément au paragraphe 3 de l'article 19, c'est que pour les premiers le Pacte indique la réponse précise attendue de l'État: leur interdiction par la loi. Ce n'est que dans cette mesure que l'article 20 peut être considéré comme une *lex specialis* à l'égard de l'article 19. 52. Les États parties ne sont tenus d'interdire expressément par une loi que les formes d'expressions spécifiques indiquées à l'article 20. Dans tous les cas où l'État restreint la liberté d'expression, il est nécessaire de justifier les interdictions et les dispositions qui les définissent, dans le strict respect de l'article 19 ».

Dans le Rapport du Secrétaire général de l'ONU, concernant « La lutte contre la diffamation des religions »⁶⁸, la réponse de l'Egypte à l'enquête entreprise sur ce sujet donne le ton : « diffamation des religions et discrimination/haine/intolérance religieuse sont deux questions interdépendantes. La diffamation et une forme d'incitation à la haine religieuse, à l'hostilité et à la violence contre les adeptes de ces religions dont les droits fondamentaux sont lésés. L'incitation à la discrimination/la haine raciale et liberté d'expression sont des notions inconciliables ». Le Bahrein affirme que sa vision nationale consiste à bâtir une société islamique étroitement soudée, le Ministère de la justice et des affaires islamiques est chargé

⁶⁷ A/HRC/2/3.

⁶⁸ A/63/365, 21 octobre 2008.

de promouvoir cette vision. L'Argentine estime que les actes privés de personnes qui ne portent pas atteinte à l'ordre public ni à la moralité ni ne lèsent les tiers, relèvent exclusivement de Dieu et non de l'autorité du juge.

L'article 20.2 a suscité peu de jurisprudence. Dans une affaire déjà ancienne, *J.R.T and W.G. party* du 6 avril 1983⁶⁹, le Comité adopte une position prometteuse même si l'argument est un peu rapide. « However, the opinions which Mr. T. seeks to disseminate through the telephone system clearly constitute the advocacy of racial or religious hatred which Canada has an obligation under article 20 (2) of the Covenant to prohibit. In the Committee's opinion, therefore, the communication is, in respect of this claim, incompatible with the provisions of the Covenant, within the meaning of article 3 of the Optional Protocol ».

Dans l'affaire *Malcolm Ross* 736/1997 c. Canada⁷⁰, du 1 octobre 2000, qui concerne un enseignant sanctionné pour des propos antisémites, le Comité étudie les liens entre 19 et 20. Il note « 10.5 ... que l'État partie a contesté la recevabilité du reste de la communication pour plusieurs motifs. Tout d'abord, il invoque le paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte, en affirmant que les publications de l'auteur doivent être considérées comme un "appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence". Renvoyant à la décision prise par le Comité dans l'affaire *J.R.T et W.G. c. Canada*, l'État partie déclare que, par voie de conséquence, la communication doit être considérée comme irrecevable en vertu de l'article 3 du Protocole facultatif en raison de son incompatibilité avec les dispositions du Pacte. 10.6 Tout en notant que telle a effectivement été la démarche qu'il a suivie dans l'affaire *J.R.T et W.G. c. Canada*, le Comité considère que les restrictions à la liberté d'expression qui peuvent relever des dispositions de l'article 20 doivent également être autorisées en vertu du paragraphe 3 de l'article 19 qui fixe les conditions dans lesquelles elles sont autorisées. Lorsqu'il s'agit d'appliquer ces dispositions, le fait qu'une restriction est réputée être nécessaire en vertu de l'article 20 entre naturellement en ligne de compte. En l'espèce, la mesure dans laquelle les restrictions sont autorisées est une question à étudier dans le cadre de l'examen quant au fond ».

Dans l'affaire *Faurisson* du 8 novembre 1996⁷¹, la France évoque l'article 20.2 pour montrer l'irrecevabilité de la communication *ratione materiae*. Mais c'est sur le terrain de l'article 19 que le Comité répond sur le fond⁷². Il « doit se demander si la restriction imposée à la liberté d'expression était nécessaire. Il a noté l'argument de l'État partie qui a fait valoir que la promulgation de la loi Gayssot s'inscrivait dans la lutte contre le racisme et l'antisémitisme.En l'absence du moindre argument tendant à infirmer la position de l'État partie en ce qui concerne la nécessité de la restriction, le Comité a acquis la conviction que la restriction de la liberté d'expression imposée à M. Faurisson était nécessaire au sens du paragraphe 3 de l'article 19 du Pacte »⁷³.

Dans l'affaire des caricatures danoises, *Kasem Saïd Ahmad et Abdol-Hamid c. Danemark*⁷⁴, du 1 avril 2008, alors même que la communication sera déclarée irrecevable pour non épuisement des recours internes, il est intéressant de se pencher sur la longue argumentation de l'Etat sur le terrain de l'article 20. L'insertion de dessins « humoristiques et satiriques », y compris d'autoportraits des dessinateurs eux-mêmes, montre également que ces dessins n'avait pas pour objet d'inciter à la haine religieuse... Si d'autres dessins peuvent être considérés comme provocants, leur objectif était d'appeler l'attention sur la question de

⁶⁹ N° 104/1981.

⁷⁰ N° 736/1997.

⁷¹ N° 550/1993.

⁷² Le Comité aurait pu recourir à l'article 5, pour abus de droit, et déclarer la communication irrecevable. Il préfère traiter au fond une question qu'il juge importante.

⁷³ § 9.6.

⁷⁴ Constatation n° 1487/2006.

l'autocensure, qui suscite un large intérêt du public dans l'Etat partie et à l'étranger »⁷⁵
« Seules des raisons extrêmement graves peuvent donc conduire à limiter le droit et le devoir de la presse d'informer et de diffuser des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt public, même avec un certain degré d'exagération et de provocation. Les exigences du pluralisme, de la tolérance et de l'ouverture d'esprit sans lesquelles il n'y aurait pas de société démocratique protègent les informations et les idées susceptibles d'offenser, de choquer ou de déranger, sous réserve des limites prévues par le droit pénal et de l'examen scrupuleux par les procureurs du respect effectif de ces limites. La liberté d'expression doit être soigneusement pondérée au regard de la protection des sentiments religieux des autres. Cependant, les personnes qui manifestent leur religion, en tant que majorité ou que minorité, ne peuvent raisonnablement s'attendre à échapper, par exemple, aux articles ou documents destinés à lancer un débat critique sur cette religion et doivent tolérer et accepter la diffusion de comportements qu'ils peuvent percevoir comme critiques à l'égard de leur religion »⁷⁶. Ces hésitations se retrouvent dans une déclaration d'irrecevabilité en matière de haine raciale, dans l'affaire Vassilari, Maria et al. c. Grèce, du 19 mars 2009, qui a fait l'objet de trois opinions dissidentes⁷⁷.

L'absence de constat de violation de l'article 20 tient sans aucun doute à la nature de cette disposition. Ainsi que le pense Mme Chanet lors de la discussion précédant l'adoption de l'Observation générale de l'article 19 « l'article 20 porte sur les restrictions et qu'à la différence de l'article 19, il ne peut pas être invoqué au titre d'une communication comme droit individuel, puisqu'il énonce l'obligation pour l'Etat, de l'introduire dans la loi ».⁷⁸

Le lien entre discrimination raciale et discrimination religieuse qui sont évoqués dans l'article 20, est particulièrement net dans l'article 1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, du 21 décembre 1965, qui définit la discrimination raciale : « qui vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, ascendance ou l'origine nationale ou ethnique... ». De même, le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion figure à l'article 5.d.vii parce que ce droit peut être violé pour des raisons dues à une discrimination raciale⁷⁹.

Ces liens peuvent alimenter une certaine confusion Dans son rapport sur « les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et d'intolérance qui y est associée » M. Doudou Diène, évoque la lutte contre la diffamation des religions et la promotion du dialogue interreligieux, l'incitation à la haine raciale et religieuse et l'islamophobie, l'antisémitisme et la christianophobie⁸⁰. Un rapport du 22 août 2012⁸¹, traite des violences racistes et xénophobes à l'égard des membres de minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques.

M. Githu Muigay rapporteur sur les formes contemporaines de racisme, Mme Asma Jahangir Rapporteur sur la liberté de religion et M. Frank La Rue Rapporteur sur la liberté d'expression ont adopté un texte commun, dans le cadre de la suite de la Conférence de

⁷⁵ § 4.6.

⁷⁶ § 4.12. Le Danemark reprend ici la définition traditionnelle d'une société démocratique donnée par la Cour européenne des droits de l'homme.

⁷⁷ L'opinion de M. Abdelfattah Amor étant rejointe par celles de M. Ahmad Amir Farhalla et de M. Bouzid Lazhari.

⁷⁸ CCPR/C/SR. 2674, 14 décembre 2009, § 22.

⁷⁹ De même, dans la Déclaration sur la race et les préjugés raciaux, du 27 novembre 1978, l'intolérance religieuse peut être motivée par des considérations racistes. L'article 3 évoque la discrimination fondée, notamment sur « l'intolérance religieuse motivée par des considérations racistes ». Le 3^{ème} alinéa du préambule de la Déclaration sur toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion et la conviction, du 25 novembre 1981, évoque le lien entre les deux, la négation de la liberté de pensée, de conscience, de religion et de conviction étant un facteur de « haine entre les peuples et les nations » et l'alinéa 5 condamne « l'utilisation de la religion ou de la conviction à des fins incompatibles avec la Charte » et les autres instruments pertinents de l'ONU.

⁸⁰ A/HRC/4/19, 12 janvier 2007. Cf. aussi son rapport A/HRC/9/12 du 2 septembre 2008, déjà évoqué.

⁸¹ A/67/328, 22 août 2012.

DurbanII, le 22 avril 2009, intitulé « Freedom of expression and incitement to racial and religious hatred ». Examinant l'argument selon lequel la « diffamation des religions » équivaut au racisme, ils font valoir que il n'y a pas d'analogie nécessaire « Indeed several religions are characterized by truth claim –or even superiority claims- which have been traditionally accepted as part of their theological grounds. Consequently, the elements that constitute a racist statement may not be the same as those that constitute a statement “defaming a religion” as such. To this extent, the legal systems to fight racism may not necessarily be applicable to ‘defamation of religions’ »⁸².

Le CERD a pris nettement position en ce qui concerne sa compétence et ses limites dans sa jurisprudence.

Dans l'affaire La Communauté juive d'Oslo et al. c. Norvège du 15 août 2005⁸³, il découvre des propos racistes pro-nazis qui dépassent la liberté d'expression et n'ont pas été sanctionnés par les tribunaux.

Mais dans l'affaire A.W.R.A.P. c. Danemark⁸⁴ il refuse sa compétence et conclut à l'irrecevabilité, le 8 août 2007. « Le Comité note l'objection de l'État partie selon laquelle la demande de l'auteur est en dehors du champ de la Convention, parce que les déclarations en question s'adressent à des personnes d'une religion ou d'un groupe religieux particulier, et non à des personnes d'une « race, couleur, ascendance ou origine nationale ou ethnique ». Le Comité observe [...] qu'en l'espèce les propos incriminés se rapportent spécifiquement au Coran, à l'Islam et aux musulmans en général, sans aucune référence particulière à la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique.... Les travaux préparatoires de la Convention révèlent que la Troisième Commission de l'Assemblée générale a rejeté la proposition d'inclure la discrimination raciale et l'intolérance religieuse dans un seul et même instrument, et a décidé que la Convention devait seulement traiter de la discrimination raciale »⁸⁵.

Plus récemment, l'affaire Zundel c. Canada, du 20 juillet 2007, concernant l'expulsion d'un négationniste vers l'Allemagne, a elle aussi été déclarée irrecevable⁸⁶.

Si, dans certains cas l'incitation à commettre une violence et une discrimination est simple à déceler, comme dans l'affaire de la Radio des Mille Collines au Rwanda, dans d'autres hypothèses on risque de tomber dans la subjectivité. C'est le cas pour l'« hostilité » à l'égard des religions. Le « joint statement » des trois rapporteurs spéciaux, met les États en garde: « ...article 20(2) of the ICCPR requires States to prohibit expressions if they amount to advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility and violence. However, defining which acts might trigger article 20 [...] remains difficult. What constitutes incitement of violence, hostility or discrimination? Where do we draw the line between criticism-event if deemed offensive-and hate speech? From a legal perspective each set of facts is particular and can only be assessed and adjudicated, wether by a judge or another impartial body, according to its circumstances and taking into account the specific context ».

La forme ultime de la haine religieuse est le génocide. La religion est un des quatre éléments, à côté de la nation, de l'ethnie et de la race, qui permet de définir un génocide. Dans l'affaire Le Procureur c. Radislav Krstic, la Chambre de première instance du TPY, dans son jugement du 2 août 2001 a condamné l'auteur pour génocide du fait de l'exécution de 70 000

⁸² Joint Statement on « Freedom of expression and incitement to racial and religious hatred », http://www2.ohchr.org/english/issues/racism/rapporteur/docs/Joint_Statement_SRs.pdf. Cf. aussi le Rapport du SG A/64/209, 31 juillet 2009, sur la base de la Résolution AG 63/171 à l'initiative de l'OCI adoptée par 85 voix c. 50 et 42 abst.

⁸³ N° 30/2003, CERD/C/67/D/30/2003.

⁸⁴ N° 37/2006.

⁸⁵ §§ 6.2 à 6.5 (Résolutions de l'Assemblée générale 1779 (XVII), 1780(XVII), et 1781 (XVII)).

⁸⁶ N° 1341/2005.

musulmans bosniaques de Srebrenica⁸⁷. En appel, il n'a plus été considéré comme auteur principal mais comme ayant « contribué grandement ». En outre, le statut de la Cour pénale internationale, comme les statuts des RPY et TPR, considèrent que la persécution religieuse peut constituer un crime contre l'humanité.

Curieusement, alors que dans la Convention sur le génocide du 9 décembre 1948, la religion est un élément stable, comme l'appartenance à la nation, à une « race » ou à une ethnie, ce qui répond au sentiment de Raphaël Lemkin, le lendemain, dans la DUDH, la religion est un élément instable puisqu'il est possible d'en changer.

Si les trois articles précédents sont intimement liés, d'autres apparaissent néanmoins dans la pratique onusienne.

II- La religion et les droits collatéraux:

Cela concerne à titre principal la discrimination mais touche aussi à une pluralité de droits assez diversifiés.

A- Religion et discrimination

Si la discrimination se manifeste à travers la liberté d'expression, elle peut aussi se trouver sous d'autres formes.

Les formes ordinaires de la discrimination revêtent deux formes : ou bien la religion et les fidèles font l'objet de discrimination ou bien la religion est invoquée pour justifier des discriminations.

1) La religion discriminée

Cette interdiction de discrimination religieuse figure dans tous les textes relatifs aux droits de l'homme et, qui plus est, dans une disposition liminaire. Certains textes visent aussi à la prévenir. C'est le cas de la DUDH qui considère, dans son article 26 : « L'éducation... doit favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux... ».

Dans un bon nombre de cas déjà évoqués, la religion discriminée l'est du fait d'une religion discriminante. Mais cette discrimination est en réalité plus large.

La Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion et la conviction traite de la nature de cette discrimination. L'article 3 affirme : « La discrimination entre les êtres humains pour des motifs de religion ou de conviction constitue une offense à la dignité humaine et un désaveu de la Charte des Nations Unies et doit être condamnée... ». L'article 4 précise les obligations des Etats : « 1. Les Etats prendront des mesures efficaces pour prévenir et éliminer toute discrimination fondée sur la religion ou la conviction, dans la reconnaissance, l'exercice et la jouissance des droits de l'homme.... 2. Tous les Etats s'efforceront d'adopter des mesures législatives ou de rapporter celles qui sont en vigueur, selon le cas, à l'effet d'interdire toute discrimination de ce genre, et de prendre toutes mesures pour combattre l'intolérance fondée sur la religion ou la conviction en la matière ». On notera la différence des deux « obligations » : « prendront » dans un cas, et « s'efforceront d'adopter » dans l'autre.

Les multiples exemples déjà mentionnés montrent l'importance de ce phénomène qui est généralement le fait d'une autre religion ou de groupes extrémistes et celui de l'Etat.

Il en va de même en ce qui concerne la discrimination à l'égard des minorités religieuses subissant dans un bon nombre de cas une double discrimination : en tant que minorité et en tant que minorité religieuses. Elle est le fait d'acteurs non étatiques ou étatiques

⁸⁷ § 85.

et risque de conduire à une impunité. On trouvera de multiples illustrations et la pluralité des domaines concernés dans le dernier rapport du Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction, Heiner Bielefeldt⁸⁸.

2) *La religion discriminante*

Les discriminations au nom de la religion sont très nombreuses et revêtent des formes plus ou moins larges⁸⁹.

On évoquera pour mémoire, l'utilisation, parfois encore récente, de l'ancien testament pour justifier l'esclavage et l'apartheid.⁹⁰

La plus importante qualitativement et quantitativement touche les discriminations à l'égard des femmes⁹¹. Si la religion n'est pas la seule incriminée car la culture est généralement associée, il convient de remarquer que la culture est elle-même tributaire de la religion au même titre d'ailleurs que les traditions. L'Observation générale n° 28 du Comité des droits de l'homme relative à l'article 3 fait le bilan de la situation: « L'inégalité dont les femmes sont victimes partout dans le monde dans l'exercice de leurs droits est profondément ancrée dans la tradition, l'histoire et la culture, y compris les attitudes religieuses. Le rôle subalterne dévolu aux femmes dans certains pays apparaît dans la fréquence élevée de sélection du fœtus en fonction du sexe et d'avortement quand le fœtus est de sexe féminin. Les Etats parties doivent faire en sorte que les attitudes traditionnelles, historiques, religieuses ou culturelles, ne servent pas à justifier les violations du droit des femmes et à l'égalité devant la loi et à la jouissance sur un pied d'égalité de tous les droits énoncés dans le Pacte. Les Etats parties devraient communiquer des renseignements sur les aspects des pratiques traditionnelles, historiques et culturelles ainsi que des attitudes religieuses qui compromettent ou risquent de compromettre l'application de l'article 3 et faire connaître les mesures qu'ils ont prises ou se proposent de prendre pour surmonter ces facteurs »⁹². Le Comité évoque ensuite certaines pratiques discriminatoires : un code vestimentaire provoquant des châtiments corporels en cas de non-respect, la liberté de mouvement, les immixtions dans la vie privée, le mariage non consenti, les pratiques néfastes à l'égard des enfants⁹³ visent essentiellement les filles, la polygamie.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son Observation générale n° 12 sur le droit à une nourriture suffisante, considère que: « Toute discrimination en matière d'accès à la nourriture, ainsi qu'aux moyens et aux prestations permettant de se

⁸⁸ L'essentiel de ce rapport est consacré aux minorités religieuses, A/HRC/22/51, 24 décembre 2012, pp. 5-24

⁸⁹ Cette discrimination est parfois assumée. C'est ainsi que la recommandation formulée lors de son EPU, demandant au Mali « d'étudier la possibilité de prendre des mesures contre la discrimination religieuse et la violence fondée sur la religion » est refusée, A/HRC/23/6, 12 mars 2013.

⁹⁰ Cf. G. HERVIEUX, *L'ivresse de Noé, histoire d'une malédiction*, Paris, Perrin, 2011.

⁹¹ On se reportera, notamment, pour ce qui est des origines à partir du paradis à G.BECHTEL *Les quatre femmes de Dieu: la putain, la sorcière, la sainte et Bécassine*, Paris, Plon, 2000 et, plus récemment, D.HORVEILLEUR, *En tenue d'Eve, Pudeur et judaïsme*, Paris, Grasset 2013. L'auteur cite les propos d'un internaute dialoguant avec l'animatrice américaine d'une radio considérant, sur la base de l'ancien testament (le Lévitique), que l'homosexualité est une « abomination » : « Je sais qu'aucun contact avec une femme en période menstruelle ne m'est autorisé (Lévitique 15). Le problème est : comment savoir si c'est le cas ? J'ai essayé de demander aux femmes qui m'entourent mais la plupart d'entre elles s'en offusquent ». De même, « J'aimerais vendre ma fille en esclavage, comme l'autorise Exode 21.7. Comment savoir ce qui constitue un bon prix », p. 50.

⁹² § 5.

⁹³ Cf. La thèse de doctorat en droit de C. NAPOLI, *L'ONU face aux « pratiques traditionnelles néfastes » à l'égard de l'enfant africain*, Direction Jean Dhommeaux, Rennes septembre 2012, en cours de publication chez L'Harmattan.

procurer de la nourriture, que cette discrimination soit fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, l'âge, la religion... » est une violation du Pacte.

Plus généralement, dans son Observation générale n° 16 de 2005 sur « le droit égal des hommes et des femmes au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels » (article 3 du Pacte), le Comité insiste sur les difficultés de mise en œuvre : « Pour l'application de l'article 3, lu en liaison avec les alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 15 l'Etat partie doit entre autres supprimer les obstacles institutionnels ou autres, comme ceux issus des traditions culturelles ou religieuses qui empêchent les femmes de participer pleinement à la vie culturelle, à l'enseignement des sciences et à la recherche scientifique »⁹⁴. L'article 5.5 de la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion et la conviction traite, de manière synthétique, des risques à l'égard de l'enfant : « Les pratiques d'une religion ou d'une conviction dans lesquelles un enfant est élevé ne doivent porter préjudice ni à sa santé physique ou mentale ni à son développement complet... ».

L'ensemble est dominé par l'ampleur et parfois la banalisation de la violence à l'égard des femmes.

La Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, du 20 décembre 1993, évoque la religion comme source de violence dans son article 4 : « Les Etats devraient condamner la violence à l'égard des femmes et de ne pas invoquer de considérations de coutume, de tradition ou de religion pour se soustraire à l'obligation de l'éliminer »⁹⁵.

Mme Asma Jahangir, dans son Rapport du 6 janvier 2009, déjà évoqué, clarifie la situation : « En 2002, le précédent titulaire du mandat a présenté une étude exhaustive sur la liberté de religion ou de conviction et la condition de la femme au regard de la religion et des traditions dans laquelle il notait que de nombreuses formes de discrimination à l'égard des femmes étaient fondées sur la religion ou imputées à celle-ci, tolérées par l'État et parfois consacrées par la législation. Tout le problème résulte du fait que des pratiques discriminatoires et préjudiciables concernant les femmes, telles que les mutilations génitales féminines, la polygamie, les discriminations en matière d'héritage, la prostitution sacrée et de manière générale la préférence pour les enfants de sexe masculin, sont perçues par les individus ou les communautés qui les exercent comme des obligations religieuses, ou comme faisant partie de la liberté de manifester sa religion ou sa conviction. Or, le précédent titulaire du mandat a fait valoir que ce n'étaient pas les religions qui avaient inventé les pratiques discriminatoires et préjudiciables à l'égard des femmes, et que celles-ci étaient davantage imputables à une interprétation culturelle des préceptes religieux. Les concepts de culture et de religion sont, toutefois, inextricablement liés; il est donc difficile de dissocier la religion de la culture ou des coutumes et des traditions, puisque la religion est elle-même une tradition.»⁹⁶.

La Commission des Nations Unies sur le statut de la femme a adopté à l'unanimité, du 18 mars 2013, une Déclaration sur l'élimination de toutes les formes de violence contre les femmes et les filles. «La Commission demande instamment aux Etats de condamner avec force toutes formes de violence contre les femmes et les filles et de s'abstenir d'invoquer toute coutume, tradition ou considération religieuse pour se soustraire à leur obligation d'y mettre fin». Elle synthétise les efforts précédents pour condamner ces discriminations⁹⁷.

⁹⁴ § 31.

⁹⁵ § 26.

⁹⁶ §§ 25 et 26.

⁹⁷ Déjà la Convention sur « la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique » du Conseil de l'Europe du 12 avril 2012 évoquait dans son article 11.5 le fait que la culture, la coutume, la religion les traditions et le prétendu « honneur » ne peuvent être invoqués pour justifier un acte de violence.

C'est, parfois, une pluralité de conséquences qui sont invoquées. Ainsi, dans les réponses du gouvernement mauritanien au Comité des droits économiques, sociaux et culturels, il est dit, à propos de l'inégalité entre l'homme et la femme, « C'est Dieu qui veut que le mari soit le chef de famille⁹⁸ et, à propos du SIDA, « le meilleur moyen de prévenir le VIH/sida, en particulier les maladies résultant de pratiques contraires à la religion, consiste à encourager la population à se conformer à la moralité islamique »⁹⁹.

B- Les autres droits¹⁰⁰

Certains droits sont proches de la liberté religieuse sans en traiter directement ; il en va ainsi de la *liberté d'exprimer ses opinions* de l'article 19, déjà évoqué¹⁰¹, de la liberté de réunion de l'article 21 de la DUDH et de la liberté d'association de l'article 22. Le lien entre liberté d'association et religion est fait, de façon tout à fait originale, dans la Déclaration américaine des droits de l'homme, dans son article XXII, où elle est conçue : « Afin de favoriser et de protéger ses intérêts légitimes d'ordre politique, religieux, social, culturel, professionnel, syndical ou autre.... ». L'article 16 de Convention américaine reprend cette approche.

La question de *la torture où des traitements cruels, inhumains dégradants* a pu mettre en cause la religion sous différents aspects. Le CAT a eu à connaître d'un cas d'une iranienne, condamnée à la lapidation, et réfugiée en Suède. Il s'agit de l'affaire A.S c. Suède du 24 novembre 2000¹⁰². Une jeune veuve d'un combattant de la révolution a été forcée d'accepter un mariage temporaire, pour un an et demi, à un autre homme. Cette institution qu'est la « mutah » oblige l'épouse à être sexuellement à la disposition de l'homme sans l'obliger à cohabiter. Pendant cette période, elle a connu un chrétien qu'elle voyait secrètement. Elle a été dénoncée, puisqu'une femme musulmane n'a pas le droit d'avoir de relations avec un chrétien. Le Comité note que des rapports divers, notamment d'ONG, montrent que des femmes mariées ont été récemment condamnées à mort par lapidation. Le risque est donc certain. Il s'ensuit que la Suède violerait la Convention contre la torture si elle renvoyait la requérante vers l'Iran¹⁰³.

En revanche, l'affaire Javed Dastgir c. Canada du 30 octobre 2008¹⁰⁴, qui concernait une expulsion qui aurait des conséquences du fait de la religion du requérant a été déclarée irrecevable pour non épuisement des recours internes.

Dans l'affaire Kaba c. Canada, du 25 mars 2010,¹⁰⁵ le Comité des droits de l'homme, estime que le Canada violerait les articles 7.1 et 24 du CCPR en raison d'une possible excision d'une fillette qui serait expulsée vers la Guinée. En la matière, on notera une réglementation récente de l'Indonésie qui fait l'objet d'une communication au Rapporteur spécial contre la torture, dans son rapport de mars 2013 : elle permet une sorte d'excision édulcorée puisqu'elle ne touche que le prépuce du clitoris, et qu'elle est faite par un médecin,

⁹⁸ E/C/12/2012/SR.37, 19 mars 2013, § 38.

⁹⁹ Ibid. § 36.

¹⁰⁰ E. POLYMEÑOPOULOU *La liberté de l'art face à la protection des croyances religieuses sous la co-direction* de J.L. Chabot et L.A. Sicilianos Grenoble, 16 septembre 2011 ; Aussi S. MEDDOUR, *L'enfant et la liberté religieuse à la lumière du droit international, européen et français* sous la direction de C ; Ferrari-Breear, Lyon Jean-Moulin 15 décembre 2011 ; J.-M. HISQUIN, *liberté religieuse et droit de la famille*, Direction H. Fulchiron, Lyon Jean-Moulin, 24 février 2012.

¹⁰¹ On se reportera aux illustrations et exemples jurisprudentiels déjà mentionnés.

¹⁰² N° 149/1999.

¹⁰³ Le Comité a aussi été saisi d'une communication n° 220/2002, R.D. c. Suède, du 2 mai 2005, concernant les persécutions qu'aurait subies par un national Bengladais, persécuté en raison de sa conversion au catholicisme. Ce recours a été déclaré irrecevable en raison du manque de preuves.

¹⁰⁴ N° 1578/2007.

¹⁰⁵ N° 1465/2006.

une infirmière ou une sage-femme. Dans sa réponse l'Etat fait valoir que cela permet d'éviter des formes plus violentes¹⁰⁶ !

Dans le même document est mentionnée une exécution par lapidation au Mali.¹⁰⁷

Le CAT s'est prononcé sur un cas d'expulsion de Norvège d'un pakistanais accusé de blasphème, dans l'affaire Nadem Ahmad Dar c. Norvège du 11 mai 2007¹⁰⁸. Il estime que la violation, qui concerne aussi celles des mesures conservatoires a été réparée car le requérant a bénéficié de permis de 3 ans lors de son retour en Norvège. En revanche, il trouve la communication non étayée dans l'affaire M.R.A. c. Suède du 17 novembre 2006¹⁰⁹ qui concerne une prétendue fatwa contre un irakien accusé de s'être converti au judaïsme et qui a acheté un terrain à un juif. Il n'y a pas de preuves non plus dans les affaires Z.E. c. Suisse¹¹⁰ du 3 mai 2005 concernant un Pakistanais converti au catholicisme et R.D. c. Suède du 2 mai 2005¹¹¹, relative à une prétendue persécution religieuse au Bangladesh..

Le CAT a été confronté à l'affaire Abdussamatov et consorts c. Kazakhstan¹¹² il s'agit de musulmans qui ont quitté l'Ouzbékistan par crainte d'être persécutés pour avoir pratiqué leur religion. Il y aurait violation des articles 3 et 22 en cas d'expulsion. On retrouve la même question dans plusieurs communications au rapporteur spécial sur la torture le 12 octobre 2010¹¹³,

La liberté religieuse s'est également trouvée associée à un autre aspect de l'article 7 du Pacte à propos du service militaire qui ne doit pas être considéré comme un travail obligatoire prohibé

Dans l'affaire Yoon et Choi c. République de Corée¹¹⁴ du 3 novembre 2006, le Comité des droits de l'homme est confronté à cette question : « En ce qui concerne la question de la cohésion et de l'équité, le Comité estime que le respect par l'Etat partie des convictions de conscience et de leur manifestation est en lui-même un facteur important pour assurer la cohésion et un pluralisme stable dans la société. Il relève aussi qu'il est possible en principe, et courant dans la pratique, de concevoir des mesures de substitution au service militaire obligatoire qui ne portent pas atteinte au principe de la conscription universelle, tout en étant utiles à la société et en imposant des obligations équivalentes aux individus, ce qui permet d'éviter les inégalités arbitraires entre ceux qui accomplissent le service militaire obligatoire et ceux qui effectuent un service de remplacement. Le Comité considère que l'Etat partie n'a pas apporté la preuve qu'en l'espèce la restriction en question était nécessaire au sens du paragraphe 3 de l'article 18 du Pacte ». Il conclut à une violation de l'article 18.1. Il maintient ce raisonnement dans l'affaire Jung et Consorts c. République de Corée¹¹⁵ du 23 mars 2010. Puis, dans l'affaire Min-Kyu Jeong et consorts c. République de Corée du 24 mars 2011¹¹⁶, il opère une évolution substantielle en ne mentionnant plus l'article 18.3. Cette jurisprudence nouvelle été reprise dans l'affaire Atasoy et Sarkut c. Turquie du 29 mars 2012¹¹⁷ et dans l'affaire Jong-nam Kim c. République de Corée du 25 octobre 2012.¹¹⁸ C'est donc sur la base d'un droit indérogeable et non pas de ses expression limitables que se fonde le Comité. Il cite

¹⁰⁶ A/HRC/C/22/53/Add.4, 12 march 2013, n° IDN 12/2012.

¹⁰⁷ Ibid. n° MLI 2/2012.

¹⁰⁸ N° 249/2004.

¹⁰⁹ N° 286/2006.

¹¹⁰ N° 222/2002.

¹¹¹ N° 220/2002.

¹¹² N° 444/2010.

¹¹³ A/HRC/C/22/53/Add.4, 12 March 2013, n° 6/2012, 12 octobre 2012.

¹¹⁴ N° 1321 et 1322/2004.

¹¹⁵ N° 1593-1603/2007.

¹¹⁶ N° 1642-1741/2007.

¹¹⁷ N° 1853-1854/2009.

¹¹⁸ N° 1786/2008.

d'ailleurs, dans ses dernières constatations, l'article 4.2 du Pacte. Désormais, « ...le droit à l'objection de conscience au service militaire est inhérent au droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ». ¹¹⁹ La plupart de ces constatations récentes ont fait l'objet de critiques de la part de plusieurs membres du Comité.

Cette jurisprudence originale a inspiré un changement de celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui cite d'ailleurs les constatations du Comité, dans l'arrêt de Grande chambre *Bayatyan c. Arménie* du 7 juillet 2011, qui constitue un revirement de jurisprudence dont la Cour s'explique. Dans la Convention, la liberté de religion n'étant pas un droit indérogeable, la Cour est conduite à raisonner en termes de droit limitable et d'en examiner tous les critères. On a ici une illustration des fécondations croisées que connaît de plus en plus le droit international des droits de l'homme. ¹²⁰

Outre le droit à une nourriture acceptable « dans une culture déterminée » ¹²¹ examiné par le Comité des droits économiques sociaux et culturels dans son Observation générale n° 12 de 1999, il s'est penché dans son Observation générale n° 14 de 2000, sur « le meilleur état de *santé* qui est possible d'être atteint ». Il estime, en ce qui concerne les peuples autochtones que les « services de santé doivent être adaptés au contexte culturel... » ¹²².

Dans son Observation générale n° 13 sur le droit à l'éducation de 1999, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels considère que l'éducation « doit favoriser la compréhension entre tous les groupes ethniques, ainsi qu'entre toutes les nations et les groupes raciaux ou religieux » ¹²³. L'accessibilité doit être « culturellement appropriée et de bonne qualité » ¹²⁴.

Enfin, la propriété des autochtones, qui a fait l'objet d'une jurisprudence essentiellement latino-américaine est particulièrement liée à la culture et à la religion ¹²⁵.

On le voit la liberté religieuse sous ses différentes aspects et ses différentes composantes a fait l'objet de nombreuses prises de position de la part des organes conventionnels et des procédures spéciales. Il subsiste, cependant, des blocages de la part d'un certain nombre d'Etats, démographiquement importants, qui se traduisent par des refus systématiques de cette liberté et par des pénalisations allant jusqu'à la peine de mort.

Nous emprunterons la conclusion à Delphine Horvilleur qui propose une nouvelle approche du religieux : " On doit à Cicéron la toute première apparition du mot "religieux". Dans son *De natura Deorum* (II,71-72), il définit ainsi le terme: ' On a appelé superstitieux ceux qui pendant des journées entières font des prières et des sacrifices pour que leur enfants leur survivent (*superstites essent*). Mais, ceux qui examinent avec soin tout ce qui se rapportent au culte des dieux et pour ainsi dire '**relisent**' (*relegerent*), ceux-là ont été appelés des religieux'" ¹²⁶.

¹¹⁹ Ibid § 7.3.

¹²⁰ Tout ceci n'exclut pas des réticences et des résistances comme le montre une plainte déposée dans le cadre des procédures spéciales concernant 29 objecteurs de conscience en Arménie, A/HRC/23/51, 22 May 2013, ARM 1/2012, 18 October 2012.

¹²¹ §§ 8,11 et 18.

¹²² § 27.

¹²³ § 4.

¹²⁴ § 6. Sur cette question voir K. RINALDI « le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme », in *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, sous la direction de Ludovic Hennebel et Hélène Tigroudja, Paris, Pédone, 2009, pp. 215-250 et J. DHOMMEAUX, « Les déplacements forcés de population autochtones », *Les migrations forcées*, Colloque de la Faculté de droit de Caen, décembre 2012, à paraître.

¹²⁵ Cf. également, l'arrêt du 18 avril 2013 de la Cour suprême de l'Inde met en avant les « customary and religious rights » des indigènes pour s'opposer à une entreprise filiale du groupe minier Vedanta pour l'exploitation de la bauxite en territoire autochtone sans l'accord des institutions autochtones, in Writ petition (civ.) n° 180 of 2011 Orissa Mining Corporation Ltd v. Ministry of environmentt and forest and others. (§ 55-59). Sogip.wordpress.com/2013/04/25.

¹²⁶ Op. cit, p. 196.

CONCLUSION DU COLLOQUE

Quelques réflexions sur la liberté de religion et la Cour européenne des droits de l'homme, en guise de conclusions

Paul LEMMENS

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme

Les rapporteurs nous ont présenté leurs rapports avec beaucoup d'enthousiasme. Le sujet est vaste, et on a pu récolter beaucoup d'idées, parfois controversées, souvent critiques.

La liberté de religion est un droit fondamental, universellement reconnu. L'attention au colloque s'est portée en grande partie sur la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après la Convention). Mais le tableau a heureusement été complété par l'analyse de textes des Nations unies, en particulier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et de textes régionaux (africains, arabes et inter-américains). Bien sûr, la Constitution française, avec son concept singulier de la laïcité (mais peut-être moins singulier qu'on ne le pense ?), était également très présente.

Dans les présentes conclusions, je voudrais porter un regard sur cette liberté de religion, en la plaçant dans son contexte historique. Je me référerai à des situations qui font l'objet des rapports présentés au colloque, sans pour autant les discuter en détail. Puis, ayant entendu beaucoup d'appels à la Cour européenne des droits de l'homme, je voudrais terminer avec quelques observations sur son rôle dans la protection de la liberté de religion.

Si la liberté de religion est une liberté reconnue depuis des siècles, du moins en Europe occidentale, le contexte dans lequel elle doit être garantie a considérablement évolué. Ce changement du contexte a eu des répercussions sur la portée même de la liberté.

Quand la liberté de religion fut mentionnée dans certaines déclarations de droits fondamentaux, puis inscrite dans des constitutions, elle servait à protéger les croyants contre le pouvoir étatique. Les croyants de l'époque formaient un groupe assez homogène : en Europe, ils étaient en très grande partie des chrétiens. Les religions chrétiennes réclamaient un espace où elles pouvaient librement déployer leurs activités, sans immixtion du pouvoir étatique. Ce dernier n'avait pas d'intérêts en opposition formelle à ceux de la religion. Au contraire, le pouvoir étatique appréciait que la religion enseignait des préceptes éthiques aux citoyens et que les croyants puisaient dans la doctrine chrétienne l'idée d'une existence humaine imparfaite sur terre, mais donnant des perspectives sur une vie éternelle avec un haut degré de perfection et donc un haut niveau de satisfaction. Avec un peu d'exagération, on pourrait dire que l'Etat et l'Eglise avaient des intérêts complémentaires.

Il y avait évidemment des croyants de religions non-chrétiennes, ou des croyants chrétiens dissidents. Il y avait aussi des non-croyants. Tous jouissaient de la liberté de religion (ou de conviction), même si cette liberté n'était pas toujours respectée en pratique.

Etant donné que les croyants à qui profitait la liberté de religion formaient en fait la plus grande partie de la population, il n'y avait pas de problème à donner à cette liberté un contenu assez étendu. C'était la religion dominante qui, notamment grâce à la liberté de religion, pouvait ainsi s'assurer la protection d'un nombre de droits. Même aujourd'hui, il est admis que la religion traditionnelle ou majoritaire puisse être avantagée par rapport à d'autres religions ou philosophies, sans qu'une telle situation ne constitue en soi une entorse aux principes de pluralisme et d'objectivité que doit respecter l'Etat.¹

Une manière de mettre en œuvre la liberté de religion, plus particulièrement dans sa dimension « collective », était le système prévu par les concordats que le Saint-Siège avait conclus avec nombres d'Etats (notamment avec la France, en 1801). Selon ces concordats, l'Eglise catholique pouvait s'occuper de l'espace privé, alors que l'Etat se réservait l'espace public. Il y avait toutefois des relations entre les deux. L'Etat abandonnait une partie de ses pouvoirs à l'Eglise, notamment en ce qui concerne l'enseignement de la religion catholique dans les écoles publiques ; il s'engageait aussi à financer certaines activités de l'Eglise. On sait qu'en France, ce système a été largement abandonné par la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat. Si cette loi abroge le système de financement des cultes par l'Etat, elle garantit toutefois certaines libertés, notamment la liberté de conscience et le libre exercice des cultes, et elle prévoit la mise à disposition gratuite aux cultes des édifices servant à l'exercice public du culte et d'autres immeubles.

En vertu de la liberté de religion, les autorités publiques ont tout d'abord des obligations négatives. Elles doivent respecter la liberté de pensée, de conscience et de religion, et ne peuvent pas s'ingérer dans la liberté de manifester sa religion ou ses convictions sauf si ces restrictions sont prévues par la loi, poursuivent un but légitime et sont nécessaires à la réalisation de ce but (article 9 §§ 1 et 2 de la Convention).

Ces obligations impliquent, par exemple, que les autorités publiques ne peuvent persécuter quelqu'un pour ses convictions religieuses. Le libre exercice des cultes ne peut pas être entravé, sauf s'il y a des raisons touchant à l'ordre public, à la santé publique ou à d'autres intérêts généraux. Ces interdictions ne posent pas beaucoup de problèmes aussi longtemps qu'il n'y a qu'une religion ou une seule religion qui est dominante. Cela n'empêche pas qu'il peut y avoir des ingérences injustifiées quand les autorités étatiques, sous la pression bien sûr de la population, tentent de restreindre les activités de certaines religions minoritaires. On peut songer notamment aux réactions étatiques contre certains nouveaux mouvements religieux, souvent connus sous le nom péjoratif de « sectes ».²

D'un point de vue collectif, la liberté de religion protège l'autonomie institutionnelle des communautés religieuses.³ L'Etat se doit d'être neutre et impartial.⁴ Il n'a pas à apprécier la

¹ *Folgerø c. Norvège* [GC], no. 15472/02, § 89, CEDH 2007-III; *Lautsi c. Italie* [GC], no. 30814/06, § 71, CEDH 2011.

² Voir, par exemple, au sujet de la taxation de certains "sectes", *Association « Les témoins de Jehovah » c. France*, no. 8916/05, 30 juin 2011 ; *Eglise évangélique missionnaire et Salaîn c. France*, no. 25502/07, *Association culturelle du Temple Pyramide c. France*, no. 50471/07, et *Association des Chevaliers du Lotus d'Or c. France*, no. 50615/07, 31 janvier 2013.

³ *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], no. 30985/96, § 62, CEDH 2000-XI.

⁴ *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, no. 45701/99, § 116, CEDH 2001-XII.

légitimité des croyances religieuses ou les modalités d'expression de celles-ci⁵, et il doit éviter de prendre parti entre diverses fractions existant éventuellement au sein d'une même religion⁶. Cette autonomie n'est toutefois pas absolue. Dans la mesure, par exemple, où elle entre en conflit avec des droits fondamentaux de croyants ou d'autres personnes, il incombe aux autorités étatiques de s'assurer qu'un juste équilibre, entre les deux droits fondamentaux, est atteint⁷.

La liberté de religion peut aussi entraîner des obligations positives. En général, cela veut dire que l'Etat peut être amené à prendre les mesures propres à assurer qu'un croyant ou une communauté religieuse puisse exercer librement son droit à la liberté de religion.⁸ Dans un système où il n'y a qu'une religion ou une religion dominante, la tentation peut toutefois être grande d'offrir une protection plus grande que nécessaire, avec la conséquence que des droits de certains individus peuvent être restreints au-delà de ce qui est encore « nécessaire ». Des questions surgissent ainsi au sujet, par exemple, des lois protégeant les religions contre des expressions blasphématoires. De telles lois peuvent violer la liberté d'expression en général et la liberté artistique en particulier, même si la Cour européenne a admis qu'elles sont susceptibles d'être justifiées par le souci de préserver la « paix religieuse »⁹.

Le soutien financier à des communautés religieuses peut être un moyen de protéger la liberté de religion. Il échet toutefois de souligner que l'article 9 de la Convention n'impose pas aux Etats l'obligation de financer les activités des communautés religieuses¹⁰. Il n'y a donc pas d'obligation positive à cet égard.

Si la liberté de religion pouvait être qualifiée comme une liberté relativement paisible, qui pendant longtemps ne donnait pas lieu à une jurisprudence significative de la Cour européenne, la situation a changé du moment où, à côté du christianisme, d'autres religions sont venues exercer leur influence en Europe. C'est surtout l'islam qui est à l'origine d'un accroissement des affaires de liberté de religion, notamment devant la Cour : il constitue la religion dominante dans un nombre d'Etats parties à la Convention (à commencer par la Turquie), et il est devenu une religion importante dans bon nombre d'autres Etats parties (notamment les Etats occidentaux où se sont installés des immigrants venant de pays musulmans).

Il ne s'agit alors plus de protéger une religion contre des menaces de la part des autorités étatiques ou de mouvements dissidents. Il s'agit au contraire de régler la coexistence entre différentes religions qui sont toutes actives sur le « marché » des religions. Comme la Cour européenne l'a reconnu, dans une telle situation il peut se révéler nécessaire d'assortir la

⁵ *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, § 47, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV.

⁶ *Hassan et Tchaouch*, précité, § 78.

⁷ Consulter, au sujet d'un conflit entre le droit d'une église au respect de son autonomie et le droit de ses prêtres et employés de former une association syndicale, *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie [GC]*, no. 2330/09, §§ 159-160, CEDH 2013.

⁸ Voir, par exemple, en ce qui concerne la protection de croyants contre des actes de violence, *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, no. 71156/01, 3 mai 2007.

⁹ *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, § 56, série A no. 295-A (pas de violation de l'article 10 de la Convention). Dans le même sens, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, Recueil 1996-V. Comparer toutefois, au sujet de la condamnation d'un auteur qui avait critiqué le pape pour ses idées exprimées dans une encyclique, *Giniewski c. France*, no. 64016/00, CEDH 2006-I (violation de l'article 10 de la Convention).

¹⁰ *Ásatrúarfélagid c. Islande* (déc.), no. 22897/08, § 31, 18 septembre 2012.

liberté de religion de chacun de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun (y compris vis-à-vis des non-croyants).¹¹

Les religions « minoritaires » invoquent, tout naturellement, les libertés traditionnelles, afin de pouvoir se développer. On a vu ainsi des plaintes d'organisations religieuses ou de croyants contre des pratiques qui ne prenaient en compte que l'existence de la religion traditionnelle¹², contre des mesures visant à interdire certaines de leurs propres pratiques¹³, ou contre l'inaction à l'égard de propos diffamant leur religion¹⁴. Souvent, les ingérences en question ont été jugées compatibles avec la liberté de religion, eu égard aux motifs invoqués par les autorités publiques pour les justifier.

Dans un tel climat, les religions traditionnelles ne sont plus assurées d'un traitement entièrement favorable de la part des autorités publiques. Au contraire, ces religions peuvent également devenir l'objet de mesures restrictives, ne fût-ce parce que les dispositions légales conçues en vue de les protéger, mais rédigées de façon abstraite et générale, peuvent être invoquées contre elles. C'est ainsi que la Cour européenne a dû se pencher en 2013 sur des requêtes introduites par des requérants chrétiens britanniques, qui se plaignaient de restrictions du droit de porter des signes religieux, d'une part¹⁵, et d'un manque de protection contre le refus de la part de leurs employeurs de tenir compte de leurs convictions religieuses dans la détermination de leurs tâches, d'autre part¹⁶. On peut s'attendre à d'autres requêtes de ce genre. De tels conflits pourraient mettre en cause le maintien de mesures restrictives qui, initialement, visaient surtout d'autres religions.

Une autre conséquence du changement du paysage religieux est que les nouveaux joueurs font un bon usage du principe de non-discrimination pour réclamer les mêmes avantages que ceux qui, souvent pour des raisons historiques, sont accordés à la religion traditionnelle (ou aux religions traditionnelles).

Il est clair qu'une application inégale des critères prévus par la loi, qui résulte en une situation où certaines organisations religieuses bénéficient d'avantages, alors que d'autres en sont arbitrairement exclues, constitue une discrimination¹⁷. Toutefois, souvent l'inégalité est dans la loi ou dans la réglementation même. Il arrive que la loi réserve certains avantages, notamment de caractère fiscal ou social, aux communautés religieuses qui satisfont à certains critères et qui sont enregistrées en tant qu'organisations religieuses reconnues, alors que les

¹¹ *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 33, série A no. 260-A (au sujet des Témoins de Jehovah). Pour la première affirmation de cette nécessité de réglementer à l'égard de l'islam (interdiction du port du foulard), voir *Dahlab c. Suisse* (déc.), no. 42393/98, CEDH 2001-V.

¹² *Francesco Sessa c. Italie*, no. 28790/08, CEDH 2012 (fixation de l'audience d'un tribunal à une date coïncidant avec une fête juive, nonobstant les objections d'un des avocats).

¹³ Voir, en ce qui concerne l'interdiction du port de signes religieux islamiques dans des sociétés majoritairement chrétiennes, outre l'affaire *Dahlab*, précité : *Dogru c. France*, no. 27058/05, et *Kervanci c. France*, no. 31645/04, 4 décembre 2008 ; *Bayrak c. France* (déc.), no. 14308/08, *Gamaledyn c. France* (déc.), no. 18527/08, *Ghazal c. France* (déc.), no. 29134/08, et *Aktas c. France* (déc.), no. 43563/08, 30 juin 2009 ; voir également, en ce qui concerne l'interdiction de construire des minarets, *Ligue des Musulmans de Suisse et autres c. Suisse* (déc.), no. 66274/09, 28 juin 2011 (requête déclarée irrecevable au motif que les requérantes ne pouvaient justifier leur qualité de victimes).

¹⁴ *Ben el Mahi et autres c. Danemark* (déc.), no. 5853/06, CEDH 2006-XV (rejet de plaintes contre des illustrations humoristiques dont des caricatures du prophète Mahomet – requête déclarée irrecevable faute d'un lien juridictionnel entre les requérants, tous domiciliés ou établis au Maroc, et l'Etat défendeur).

¹⁵ *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, CEDH 2013 (cas des requérantes Eweida et Chaplin – violation de la Convention dans le cas de la première requérante, non-violation dans le cas de la seconde requérante).

¹⁶ *Eweida*, précité (cas des requérants Ladele et McFarlane – non-violation de la Convention dans les deux cas).

¹⁷ Voir, p. ex., *Savez Crkava « Riječ Života » et autres c. Croatie*, no. 7798/08, 9 décembre 2010.

communautés religieuses qui ne satisfont pas à ces critères ne reçoivent pas ces avantages. Dans de tels cas, il importe de vérifier si les critères ne sont pas discriminatoires¹⁸.

Cela ne veut pas dire que l'Etat ne pourrait pas maintenir des distinctions entre, par exemple, l'église « nationale » ou des églises ayant une base solide dans le pays, d'une part, et des communautés religieuses peu populaires, d'autre part. En effet, certains avantages peuvent légitimement être réservés aux communautés religieuses qui exercent des activités qui profitent réellement à une partie non-négligeable de la population¹⁹.

Pour terminer, encore quelques mots sur le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière.

Dans certains rapports présentés au colloque, les auteurs laissent entendre qu'il y a encore beaucoup de travail pour la Cour. La Cour y est considérée comme une instance qui doit mettre de l'ordre dans les systèmes nationaux concernant les relations entre l'Etat et les églises, y compris la réglementation des rapports entre les églises elles-mêmes.

Que peut-on attendre de la Cour ?

Il faut bien se rendre compte de ce que la liberté de pensée, de conscience et de religion est considérée par la Cour comme « l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention », et qu'« il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – qui ne saurait être dissocié de pareille société »²⁰. Le lien intrinsèque avec la société démocratique n'est pas sans conséquences. La société démocratique est caractérisée par un climat où des divergences de vue sont possibles et peut-être même, jusqu'à un certain point, encouragées. C'est notamment le cas pour les questions liées aux rapports entre l'Etat et les religions²¹. Si les conceptions de la signification de la religion peuvent ainsi varier au sein d'un pays déterminé, il en va d'autant plus à travers l'Europe entière²². La Cour conclut de ces constats que la réglementation des questions touchant à la religion et à la relation entre l'Etat et les religions « peut varier par conséquent d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public [...]. Dès lors, le choix quant à l'étendue et aux modalités d'une telle réglementation doit, par la force des choses, être dans une certaine mesure laissé à l'Etat concerné, puisqu'il dépend du contexte national considéré »²³.

On se trouve ainsi dans un domaine où la marge d'appréciation des autorités nationales est assez ample, même si celles-ci doivent s'abstenir d'apprécier la légitimité des croyances religieuses et de s'ingérer dans l'organisation interne des communautés religieuses. Le rôle de la Cour est en conséquence relativement réduit. Certes, elle doit s'assurer que les autorités nationales n'ont pas pris des mesures qui sont disproportionnées par rapport aux buts

¹⁸ La Cour européenne a considéré que le critère de l'existence en tant que communauté religieuse enregistrée pendant au moins dix ans pourrait se justifier à l'égard de nouveaux mouvements religieux, mais pas à l'égard de mouvements religieux qui existent depuis longtemps au niveau international. Ledit critère créait une discrimination entre les religions ayant une tradition dans le pays même et les religions qui venaient d'autres pays (*Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et autres c. Autriche*, no. 40825/98, 31 juillet 2008). Voir également *Jehovas Zeugen in Österreich c. Autriche*, no. 27540/05, 25 septembre 2012.

¹⁹ *Ásatrúarfélagid*, précité, § 34. Voir aussi ci-dessus, no. 2.

²⁰ *Leyla Şahin c. Turquie* [GC], no. 44774/98, § 104, CEDH 2005-XI ; *Bayatyan c. Arménie* [GC], no. 23459/03, § 118, CEDH 2011.

²¹ *Leyla Şahin*, précité, § 109.

²² *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, précité, § 50.

²³ *Leyla Şahin*, précité, § 109. Voir également *Sindicatul « Păstorul cel Bun »*, précité, § 138.

poursuivis, mais son contrôle doit s'exercer en tenant compte, notamment, du contexte national et des traditions nationales²⁴. Jusqu'à maintenant, la Cour ne semble pas avoir pris des décisions qui ont eu pour effet de bouleverser les choses dans le domaine des relations entre l'Etat et les religions. L'approche est plutôt prudente. Une telle approche est en parfait accord avec l'importance actuellement accordée à la marge d'appréciation des Etats parties et au caractère subsidiaire de la protection offerte par la Cour²⁵.

Il ne faut donc pas en l'espèce attribuer à la Cour le rôle d'ingénieur social. Son rôle se limite à vérifier si la marge d'appréciation n'a pas été outrepassée.

Nous voilà arrivés au terme d'un colloque qui nous a réunis autour d'un sujet d'une importance majeure et d'une actualité brûlante²⁶.

Il ne me reste qu'à féliciter les organisateurs pour avoir rendu possible ce colloque, et à vous remercier pour votre attention bienveillante.

²⁴ *Miroļubovs et autres c. Lettonie*, no. 798/05, § 81, 15 septembre 2009 : la Cour « doit tenir compte du contexte historique et des particularités de la religion en cause ».

²⁵ Voir le considérant ajouté au préambule de la Convention par le Protocole no. 15, signé le 24 juin 2013.

²⁶ Ne songeons qu'à l'affaire *Baby Loup*, qui occupe les esprits en France depuis un certain temps et qui a été évoquée à plusieurs reprises. Voir, notamment, Cass. 19 mars 2013, pourvoi no. 11-28.845, *Bull.* 2013, V, no. 75.