



OBSERVATIONS ÉCRITES

*soumises à la Cour européenne des droits de l'homme
dans l'affaire*

Dalibor Magdić c. Croatie

(Affaire n° 17578/20)

Grégor Puppinck, Directeur,
Nicolas Bauer, Chercheur associé.

Octobre 2021

1. Le contexte de la requête *Dalibor Magdić c. Croatie* (n° 17578/20) est celui de l'épidémie de Covid-19 et des politiques publiques visant à la contenir. Ces politiques, allant bien au-delà du seul domaine sanitaire, ont fortement restreint l'exercice de certains droits et libertés depuis mars 2020. Elles ont aussi élargi le rôle des États et leur place dans la vie des personnes. La plupart des actes individuels, même les plus anodins et quotidiens, sont devenus soumis à une autorisation et un contrôle des États. La crise sanitaire n'est pas la première crise à renforcer l'étatisme, qui bien souvent est favorisé par les crises de toute nature.
2. La crise du Covid a permis à chacun de faire l'expérience du pouvoir de la peur sur la société. Vue avec le recul, la facilité avec laquelle nous avons consenti à l'abandon brutale de tant de libertés est troublante, d'autant plus lorsque l'on considère le fait que le danger a souvent été surestimé. Des obligations qui paraissent inconcevables en temps normal ont été acceptées, telles que l'obligation d'être titulaire d'une « attestation » pour sortir de chez soi. La crise du Covid a aussi permis à chacun de faire l'expérience du pouvoir de sidération des media sur la population, par la diffusion de messages causant une peur souvent irrationnelle face à un danger à la fois invisible et incommensurable.
3. La crise du Covid a ainsi révélé combien il est aisé aux autorités publiques de porter atteinte aux droits et libertés avec l'assentiment des populations, dès lors qu'une peur collective peut être mobilisée à cette fin. Comme le rappelle Ronan Cormacain, « *les situations d'urgence peuvent servir de prétexte à des modifications profondément dommageables des limites et des restrictions constitutionnelles à l'exercice du pouvoir gouvernemental*¹ ». Cela a été particulièrement le cas avec la crise sanitaire, qui dans plusieurs pays d'Europe s'est ajoutée à d'autres urgences existantes, comme le terrorisme.
4. La peur et la sidération causées par toute crise majeure ne doivent pas avoir pour effet de donner un pouvoir encore plus important aux gouvernements, mais doivent au contraire inciter le juge à exercer son contrôle avec une plus grande attention et fermeté.
5. Dans ce contexte, les défenseurs des libertés publiques doivent être particulièrement vigilants. L'*European Centre for Law and Justice* s'est ainsi engagé pour la liberté d'exercer collectivement le culte², le droit de recevoir une instruction religieuse³, ainsi que le droit de prendre part à des manifestations pacifiques⁴. Contrairement à certains États, comme l'Espagne et la Pologne, la Croatie a interdit tout culte public, entre le 20 mars et le 2 mai 2020.

Faits

6. Les politiques publiques sanitaires en Croatie ont été organisées par la direction de la Protection civile, selon la loi du 19 mars 2020 sur le système de protection civile⁵. L'interdiction totale du culte public a été décidée dès le 19 mars et est entrée en vigueur immédiatement, pour trente jours⁶. Elle a précédé un confinement, interdisant les déplacements (sauf exceptions) à partir du 23 mars⁷. Aucune exception à l'interdiction

¹ Ronan Cormacain, ““Social Distancing” of Emergency Legislation during the Covid-19 Pandemic”, UK Constitutional Law Association, 10 juillet 2020, (traduction libre).

² ECLJ, « Manifestations pour la liberté de culte – Strasbourg », novembre 2020, accessible [ici](#).

³ Grégor Puppincq, Gaspard Dassonville, « Confinement : comment maintenir l'instruction religieuse et la catéchèse ? », *Aleteia*, 12 novembre 2020.

⁴ « Reprise des cultes : à quelles conditions ? », Radio chrétienne francophone (RCF), 26 novembre 2020, accessible [ici](#).

⁵ Le texte de la loi peut être [téléchargé ici](#).

⁶ La décision est disponible [sur ce lien](#).

⁷ La décision est disponible [sur ce lien](#).

du culte public n'a été tolérée, à part les services religieux des funérailles⁸. Le culte public a pu reprendre légalement, avec quelques restrictions, le 2 mai, c'est-à-dire deux semaines après la date annoncée initialement⁹. Le confinement a été levé progressivement à partir de mi-avril puis totalement le 11 mai¹⁰. Le culte public a ainsi été interdit et sanctionné pénalement pendant six semaines, en particulier six dimanches, pour la Semaine sainte et la fête de Pâques.

Procédure

7. Le requérant, Dalibor Magdić, est de confession chrétienne catholique. Le 15 avril 2020, près d'un mois après l'interdiction du culte public, il a déposé une requête à la Cour en alléguant une violation de son droit à la liberté de religion, protégé par l'article 9 de la Convention. Il considère en effet que cette interdiction totale n'était pas proportionnée à l'objectif légitime de protection de la santé publique. Il remarque notamment que des mesures alternatives moins attentatoires à la liberté de culte, comme la règle de distanciation sociale, auraient pu être privilégiées.
8. Avant sa requête à la Cour, M. Magdić n'a effectué aucun recours interne. Pour cette raison, il est possible que la Cour déclare sa requête irrecevable, en raison d'un non-épuisement des voies de recours internes. Ces observations se focaliseront sur les questions de fond posées par le requérant.
9. La Cour a déjà reconnu la « *situation exceptionnelle causée par Covid-19*¹¹ ». Dans ces observations, la nécessité de prendre des mesures sanitaires n'est pas remise en cause, dans le contexte de l'épidémie mondiale de Covid-19. Cependant, il s'agit de considérer certains critères permettant de rechercher la plus juste mesure entre cet impératif et la protection constante des libertés individuelles. La Cour a déjà indiqué être « *pleinement consciente des difficultés soulevées par la pandémie de covid-19 et du fait que certaines mesures prises par les autorités nationales sont susceptibles de soulever des interrogations au regard des exigences de la Convention*¹² ». En l'espèce, en matière de liberté de culte, la compatibilité des mesures nationales avec l'article 9 de la Convention doit être considérée au regard du principe de proportionnalité. Ces observations se concentrent sur l'identification de critères d'appréciation de la conventionnalité des restrictions portées à la liberté de religion.
10. Ces critères d'appréciation portent sur la légalité des restrictions, l'objectif légitime de protection de la santé publique, l'absence d'interdiction absolue, l'absence de restriction excessive tant dans leur portée que leur durée, l'absence de restriction discriminatoire tant entre les religions qu'entre les activités religieuses et profanes, l'absence de restriction arbitraire et le respect de l'autonomie des communautés religieuses.

2

1. La légalité des restrictions

11. L'importance des atteintes portées aux droits et libertés en situation de crise sanitaire exige une interprétation stricte de la notion de « loi », afin de respecter la fonction du législateur en tant que gardien des libertés. Certes, des atteintes minimales aux droits et libertés peuvent être fondées sur des textes de moindre valeur juridique, tels que des actes réglementaires ; mais cela ne devrait pas être le cas pour des atteintes graves qui

⁸ Voir le [communiqué](#) de la Conférence épiscopale de Croatie tirant les conséquences des mesures sanitaires.

⁹ Voir les [explications](#) et références sur le site de la Conférence épiscopale de Croatie.

¹⁰ La décision est disponible [sur ce lien](#).

¹¹ *Bah c. Pays-Bas* (déc.), n° 35751/20, 22 juin 2021, § 41.

¹² *Zambrano c. France* (déc.), n° 41994/21, 21 septembre 2021, § 32.

devraient résulter d'une décision démocratique. La « loi », au sens du Pacte sur les droits civils et politiques de 1966, ne s'entend pas au sens d'une base légale, vague et large, habilitant le pouvoir exécutif à adopter des mesures réglementaires restrictives de libertés, mais au sens de la loi parlementaire.

2. L'objectif légitime de protection de la santé publique

12. Il ne fait aucun doute que les mesures litigieuses adoptées par le gouvernement croate visaient l'objectif légitime de protection de la santé publique, la Cour ayant par ailleurs considéré qu'« *il ne fait aucun doute que la pandémie de COVID-19 peut avoir des effets très graves non seulement sur la santé, mais aussi sur la société, sur l'économie, sur le fonctionnement de l'État et sur la vie en général*¹³ ».
13. Les autorités publiques avaient non seulement la faculté de restreindre les droits et libertés afin de protéger la santé publique ; mais ils avaient aussi l'obligation positive, au titre de l'article 2, de « *prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction*¹⁴ ».
14. Cela étant dit, la protection de la santé publique n'est pas un droit ou une liberté concurrente à la liberté de religion, mais seulement une limite légitime à l'exercice de la liberté de religion¹⁵. Le droit individuel est donc le principe protégé, et la protection de la santé publique une limite à l'exercice de ce principe, qui doit être justifiée par l'État qui la pose. Les politiques sanitaires de lutte contre l'épidémie de la Covid-19 ont pu renverser ce rapport entre la santé publique et les libertés en faisant de la première le principe et des libertés une variable d'ajustement pouvant, au mieux, limiter le caractère intrusif de certaines mesures sanitaires. L'universitaire italienne Adelaide Madera remarque ainsi : « *Plusieurs droits fondamentaux, qui bénéficient normalement d'une protection solide en vertu de garanties constitutionnelles, supranationales et internationales, ont fait l'objet d'une « suspension » dévastatrice au nom de la santé et de la sécurité publiques*¹⁶ ». Pourtant, les obligations de l'État concernant la protection des droits fondamentaux ne diminuent pas en temps de pandémie, et les garanties constitutionnelles ne peuvent pas être mises de côtés ou oubliées, ainsi que l'a rappelé la Cour Suprême des États Unis en novembre 2020¹⁷.

3

3. L'absence d'interdiction absolue

15. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions peut faire l'objet de « restrictions » proportionnées, mais non de restrictions générales et absolues, car celles-ci auraient le caractère de « dérogations », et porteraient, par conséquent, atteinte au cœur même de la liberté de religion.
16. Cette interdiction des restrictions générales et absolues est confirmée par l'interdiction posée à l'article 4 du Pacte de 1966 de toute « dérogation » à la liberté de religion, même

¹³ *Cristian-Vasile Terheş c. Roumanie*, n°49933/20, 13 avril 2021, § 39.

¹⁴ *Lopes de Sousa Fernandes [GC]*, *op. cit.*, § 164.

¹⁵ Voir par exemple article 9 § 2 Convention. Voir également : CEDH, *Ceylan c. Turquie*, n° 23556/94, 8 juillet 1999, § 32 - ii.

¹⁶ Adelaide Madera, "Some preliminary remarks on the impact of COVID-19 on the exercise of religious freedom in the United States and Italy", *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale, Rivista telematica*, fascicolo n° 16, 2020, p. 71 (traduction libre).

¹⁷ "But even in a pandemic, the Constitution cannot be put away and forgotten." *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v Cuomo*, Supreme Court of the United States, 592 US (2020), 25 November 2020.

« [d]ans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel ». Comme le note Comité des droits de l'homme dans l'Observation générale n° 29: « Une dérogation à certaines obligations découlant du Pacte se différencie clairement des restrictions ou limites autorisées même en temps ordinaire par plusieurs dispositions du Pacte » (§ 4¹⁸). Le Comité précise encore : « Théoriquement, le fait de dire qu'une disposition du Pacte n'est pas susceptible de dérogation ne signifie pas qu'il ne peut en aucun cas y avoir des limitations ou des restrictions justifiées à son application » (§ 7). Il appartient au juge de sanctionner toute « dérogation », et d'apprécier le cas échéant la proportionnalité des restrictions. Le Comité des droits de l'homme rappelle dans son Observation générale N° 22 que « Le paragraphe 3 de l'article 18 n'autorise les restrictions apportées aux manifestations de la religion ou des convictions que si lesdites restrictions sont prévues par la loi et sont nécessaires pour protéger la sécurité, l'ordre et la santé publics, ou la morale ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui. » (§8¹⁹)

17. Ceci est compatible avec l'article 15 de la Convention qui n'autorise les États à déroger aux obligations prévues par l'article 9 que « dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international », à condition toutefois de respecter les formes procédurales prévues au troisième paragraphe de ce même article 15.
18. Ainsi, le 29 avril 2020, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a condamné l'interdiction de la célébration publique des cultes, au motif que le caractère général de ladite interdiction n'est pas justifié, et viole par conséquent la liberté religieuse garantie par la Constitution allemande. Selon la Cour, les restrictions doivent pouvoir être adaptées aux circonstances. De même, l'interdiction absolue de l'exercice collectif du culte fut jugée de manière sévère par le Conseil d'État français qui l'a qualifié « d'atteinte grave et manifestement illégale » à la liberté de religion²⁰.
19. En l'espèce, il convient de rappeler la jurisprudence par laquelle la Cour a reconnu que, si une communauté religieuse ne peut disposer d'un lieu pour pouvoir y pratiquer son culte, son droit de manifester sa religion se trouve vidé de toute substance²¹.

4. L'absence de restriction excessive

20. L'interdiction des dérogations ne fait pas obstacle à l'adoption de restrictions « 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 » (art. 9.2 CEDH). D'après la Cour, « pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, l'existence d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue²² ».
21. Dans le cadre de l'épidémie de Covid-19, la Cour n'a pas diminué son exigence en termes de protection des droits fondamentaux. Ainsi, elle a validé une mesure nationale restreignant la liberté de circulation du requérant, dans la mesure où ce dernier gardait de nombreuses possibilités de sortie et qu'il pouvait toujours nouer des contacts

¹⁸ CDH, Observation générale sur l'article 4, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 24 juillet 2001.

¹⁹ CDH, Observation générale n° 22 (48) sur l'article 18, 1/CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 septembre 1993.

²⁰ Ordonnance du Conseil d'État, juge des référés, décision n° 440366, 18 mai 2020.

²¹ *Association de solidarité avec les témoins de Jéhovah et autres c. Turquie*, nos 36915/10 et 8606/13, 24 mai 2016, § 90.

²² *Glor c. Suisse*, n° 13444/04, 30 avril 2009, § 94.

sociaux²³. L'ingérence a été jugée proportionnée par la Cour car elle n'éteignait pas totalement la possibilité pour le requérant d'utiliser son droit à la liberté de circulation. Dans la présente affaire, les mesures mises en place par l'État croate ne maintiennent aucune possibilité d'exercice de la pratique la plus importante dans la religion catholique, à savoir la participation à la sainte messe. Il semble difficile d'imaginer que l'État croate soit en mesure de justifier que l'interdiction totale des cultes était la seule mesure envisageable pendant six semaines entières.

Pas de restriction excessive dans sa portée

22. Le principe de proportionnalité commande que les autorités nationales mettent en place les mesures les moins contraignantes possibles quant à leur durée, leur portée géographique, et leur objet. Ces mesures doivent ainsi tenir compte, par exemple, des différences de situation sanitaire entre les territoires, ou de la taille des édifices religieux, du lieu d'exercice du culte (intérieur ou extérieur), ou de la dangerosité relative de telle ou telle pratique religieuse.
23. Il appartient aux autorités nationales de démontrer avoir tenu compte de ces circonstances afin de réduire, autant que possible, l'atteinte à la liberté, compte tenu des connaissances scientifiques à l'époque des faits. S'agissant des autorités croates, elles devraient démontrer que la mise en place de règles sanitaires moins strictes n'était pas possible.
24. La Cour Suprême des États-Unis dans sa décision *South Bay United Pentecostal Church v Newsom* (2021) a appliqué ce critère afin de vérifier la proportionnalité de l'interdiction du chant dans les églises en Californie. Elle a jugé que les autorités de cet État ne sont pas parvenues à justifier pour quelles raisons des mesures moins contraignantes et permettant de parvenir aux mêmes objectifs n'ont pas été prises ; les juges émettent d'ailleurs plusieurs propositions moins contraignantes qui auraient pu être mises en place par les autorités, notamment le port du masque, la mise en place de vitres plexiglass, ou encore l'imposition d'une distance entre chanteurs et fidèles.

Pas de restriction excessive dans sa durée

25. Les restrictions aux libertés doivent être prescrites pour la durée la plus courte possible. Ces restrictions pouvaient viser à faire face, selon la Cour, aux « *problèmes pratiques difficiles et imprévus auxquels l'État a été confronté au cours des premières semaines de la pandémie de Covid-19*²⁴ ». La durée de ces restrictions doit être précisée dès leur adoption ; en outre, il doit être prévu une obligation d'évaluation constante de la nécessité de ces mesures au regard de l'évolution de la situation sanitaire et des connaissances scientifiques.
26. La Cour constitutionnelle allemande a rappelé que « *toute prolongation de ces mesures temporaires doit être soumise à une évaluation rigoureuse de sa proportionnalité en tenant compte de la situation actuelle*²⁵ ».

5. L'absence de restriction discriminatoire

27. Les restrictions portées à l'exercice de la liberté de religion ne doivent pas avoir de caractère discriminatoire, direct ou indirect, tant entre les différentes religions

²³ *Terhes c. Roumanie*, n° 49933/20, 13 avril 2021, § 43.

²⁴ *Bah c. Pays-Bas* (déc.), *op. cit.*, § 44.

²⁵ Federal Constitutional Court of Germany (Bundesverfassungsgericht) 1 BvQ 28/20, 10 April 2020, (traduction libre).

considérées, qu'entre les pratiques selon qu'elles soient de nature religieuse ou profane. En effet, les États doivent « déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement²⁶ ». De même, le Comité des droits de l'homme rappelle dans son Observation générale N°22 que les critères appliqués aux restrictions ne peuvent avoir pour effet (et encore moins comme but) une « discrimination » à l'un des motifs des articles 2,4 et 26 du Pacte, dont la « religion ». Même nécessaire et proportionné, « [i]l ne peut être imposé de restrictions à des fins discriminatoires ni de façon discriminatoire. » (§8).

L'absence de différence injustifiée de traitement entre les religions

28. L'État doit tenir compte des différences existant entre les pratiques religieuses afin d'éviter que les restrictions imposées soient la cause de discriminations indirectes entre les religions. En effet, l'absence d'un traitement différencié à l'égard de personnes placées dans des situations sensiblement différentes peut emporter une violation de l'article 14 de la CEDH²⁷. Ainsi, dans le cas de l'imposition d'une mesure nationale pouvant affecter la pratique religieuse, l'État doit tenir compte du contexte historique, des particularités de la religion en cause qu'elles soient dogmatiques, rituelles, organisationnelles ou autres²⁸.
29. Par exemple, l'atteinte portée à la liberté religieuse par l'interdiction du culte public est beaucoup plus forte pour les fidèles de religions adhérant à une obligation de culte public. Il en résulte que les restrictions doivent être adaptées, autant que possible, aux différents cultes. L'absence de prise en compte de la spécificité des cultes ne saurait permettre une restriction proportionnée à la liberté de religion.
30. Plusieurs juridictions ont rappelé dans leur jugement l'importance que revêt d'abord la dimension collective des cultes dans le cadre de l'exercice général de la liberté de religion, puis la célébration des sacrements dans plusieurs religions qui, selon les doctrines, ne sont pas substituables. En Écosse notamment, la Cour a rappelé que « la célébration eucharistique, lors de la messe publique du dimanche, revêt une importance particulière. La participation à la messe est vue comme un élément essentiel, et non optionnel, de la religion catholique²⁹ ». De même, en mars et avril 2021, la Cour suprême du Chili a rappelé que « La messe du dimanche serait le noyau de leur religion. Ce n'est pas par définition du requérant, mais les définitions normatives et d'autorité de ceux qui dirigent la religion et le culte qu'il professe³⁰ ».
31. La reconnaissance de cette dimension essentielle a également permis à la Cour du district de Columbia (États-Unis) de juger que la possibilité d'utiliser des moyens virtuels ne pouvait être considérée comme permettant l'exercice effectif de la liberté religieuse des individus, ainsi « contrairement à d'autres entités religieuses, l'Église n'offre pas services de culte virtuels [...]. Pour l'Église, un rassemblement hebdomadaire en personne de toute la congrégation est une conviction religieuse pour laquelle il n'existe pas de substitut³¹ ».

L'absence de différence de traitement selon que l'activité est religieuse ou profane

²⁶ *Chassagnou et autres c. France* [GC], n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, 29 avril 1999, § 91.

²⁷ *Thlimmenos c. Grèce*, [GC] n° 34369/97, § 44.

²⁸ *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, [GC], *op. cit.*

²⁹ *Philip & Ors for Judicial Review of the closure of places of worship in Scotland*, (2021) (traduction libre).

³⁰ (traduction libre) Voir : Javiera Corvalán, Jorge Precht, "La Corte Suprema y la libertad religiosa. Comentario de la sentencia de la Tercera Sala C.S., 01/04/2021, rol N°21.963-2021", diarioconstitucional.cl, 3 mai 2021.

³¹ (traduction libre) *UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA Capitol Hill Baptist Church v Muriel Bowser*, in Her Official Capacity as Mayor of the District of Columbia (CaseNo20-cv-02710 (TNM)) on 9 October 2020.

32. L'État ne doit pas traiter les activités religieuses de façon plus restrictive que les activités profanes similaires. Ainsi, il ne peut imposer de restrictions plus strictes à un rassemblement selon qu'il se situe dans un lieu de culte ou dans un lieu profane. De même, il ne peut, par exemple, interdire les cours de religion dans les écoles ou les paroisses, tout en maintenant la possibilité des enseignements des matières profanes. De même, il ne peut interdire la célébration du culte en extérieur, tout en autorisant la tenue de manifestations politiques publiques en extérieur, comme le firent parfois les autorités françaises.
33. De telles différences de traitements ne sauraient être justifiées par un jugement de valeur des autorités publiques quant à « l'utilité » des croyances et la « nécessité » des pratiques religieuses, ou quant à leur caractère « essentiel » par rapport à des activités profanes. Cette incompétence devrait ainsi interdire aux autorités d'autoriser l'ouverture des commerces, tout en maintenant fermés les lieux de cultes, au motif (implicite ou explicite) que la pratique de la religion serait moins utile, moins vitale, que celle du commerce.
34. La différence évidente de traitement entre les activités religieuses et profanes, et particulièrement l'imposition de mesures moins strictes aux activités profanes, a été régulièrement reprochée aux États dans les différentes jurisprudences. Par exemple, en France, la constatation de l'existence d'un régime moins restrictif pour les activités profanes recevant du public, que pour les activités religieuses, motive la décision du Conseil d'État confirmant l'urgence de modifier les règles dérogatoires applicables³². La Cour Suprême des États-Unis s'est également penchée sur la différence flagrante de traitement entre les activités religieuses et profanes, et note que cette différence de traitement n'est pas justifiée car le risque de contamination n'était pas plus élevé dans un lieu de culte par rapport aux autres activités³³. Dans une autre décision, elle rappelle que le Premier Amendement requiert au minimum un traitement comparable entre les activités religieuses et les activités profanes³⁴.

6. L'absence de restriction arbitraire

35. L'État ne dispose pas de la compétence pour juger du caractère plus ou moins essentiel de telle ou telle pratique religieuse, ni pour réglementer de façon unilatérale, et dans le détail, ces pratiques religieuses. En effet, « *le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci*³⁵ ». Il en résulte notamment le devoir pour l'État d'organiser avec neutralité et impartialité « *l'exercice des diverses religions, cultes et croyances*³⁶ ».
36. Ainsi, le choix opéré par l'État d'autoriser les funérailles religieuses à l'exclusion de toute autre pratique religieuse n'est pas neutre, et peut être perçu comme arbitraire lorsque l'on considère le fait que pour les chrétiens catholiques, le culte dominical est une obligation religieuse, ce qui n'est pas le cas de la participation à des funérailles qui ne sont pas un sacrement. Ce principe a été rappelé par la Cour du district de Columbia ;

³² Ordonnance du Conseil d'État français précitée.

³³ Supreme Court of the United States South Bay, *United Pentecostal Church v Newsom* (2021).

³⁴ Supreme Court of the United States, *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v Cuomo*, 592US ____ (2020), 25 November 2020, Concurring opinion of Justice Gorsuch.

³⁵ Voir par exemple : *Manoussakis et autres c. Grèce*, n° 18748/91, § 47 ; *Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03, § 120.

³⁶ *S.A.S. c. France* [GC], n° 43835/11, 1^{er} juillet 2014, § 127.

celle-ci rappelant fermement qu'il ne revient pas aux autorités « *de dire que les croyances religieuses sur la nécessité de se réunir en un seul corps sont erronées ou non-substantielles*³⁷ ».

37. En décidant d'autoriser telles pratiques religieuses plutôt que telles autres, les autorités publiques sortent de leur rôle. Elles sortent aussi de leur rôle lorsqu'elles prétendent prescrire la façon dont doivent se dérouler des pratiques religieuses telles que le rite de la communion, ou les chants, ou imposer, comme ce fut parfois le cas en France, que la messe soit célébrée portes fermées. Il est même arrivé en France qu'une Préfecture (Bas-Rhin) interdise la prière « à genoux », et même « en silence³⁸ ».
38. De même, la décision prise par certains gouvernements d'autoriser la présence d'un nombre fixe de fidèles au sein des lieux de culte, sans tenir compte de leur surface – comme ce fut le cas en France – est elle aussi arbitraire. Pour éviter de telles restrictions arbitraires portant atteinte à la neutralité de l'État et à l'autonomie des communautés religieuses, les autorités publiques doivent, autant que possible, se concerter avec les communautés religieuses concernées.

7. Le respect de l'autonomie des communautés religieuses

39. L'autonomie des communautés religieuses est largement reconnue en droit international et par la jurisprudence de la Cour européenne. Il découle de la dimension collective de la liberté de religion, et de l'incompétence de l'État en matière proprement religieuse. Ce principe a été rappelé par la Grande chambre dans les affaires *Sindicatul Păstorul c. Roumanie*³⁹, *Fernández-Martínez c. Espagne*⁴⁰ et *Károly Nagy c. Hongrie*⁴¹. Il découle de ce principe une série de « droits institutionnels⁴² », dont la liberté pour les communautés religieuses de fonctionner conformément à leur doctrine. Sans respect de l'autonomie des communautés religieuses, l'État pénètre dans le domaine religieux, il n'est plus neutre et impartial.
40. La Cour européenne « rappelle que les communautés religieuses existent traditionnellement et universellement sous la forme de structures organisées et que, lorsque l'organisation de l'une de ces communautés 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'État⁴³ ». En effet, le fonctionnement organisationnel des Églises (catholique et orthodoxe en particulier), leur structure ecclésiale (ecclésiologie) fait partie intégrante de leur doctrine. L'atteinte de l'État au libre fonctionnement institutionnel de l'Église est une ingérence dans la religion elle-même, et par suite dans les libertés garanties aux articles 9 et 11 de la Convention⁴⁴.

³⁷ *UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA Capitol Hill Baptist Church v Muriel Bowser*, in Her Official Capacity as Mayor of the District of Columbia (CaseNo20-cv-02710 (TNM)) on 9 October 2020, page 11.

³⁸ Grégor Puppink, « Interdiction de prier, “même en silence” », *Valeurs Actuelles*, 16 novembre 2020, <https://www.valeursactuelles.com/societe/interdiction-de-prier-meme-en-silence-cest-un-devoir-de-resister-a-des-ordres-autant-absurdes-quillegaux/>

³⁹ *Sindicatul Păstorul c. Roumanie* [GC], n° 2330/09, 9 juillet 2013.

⁴⁰ *Fernández-Martínez c. Espagne* [GC], n° 56030/07, 12 juin 2014.

⁴¹ *Károly Nagy c. Hongrie* [GC], n° 56665/09, 14 septembre 2017.

⁴² Voir le Document de clôture de la conférence de Vienne, 19 janvier 1989, § 16.4. Cité dans Jean-Pierre Schouppe, p. 122.

⁴³ *Hassan et Tchaouch*, précité, §§ 62 et 78 ; voir aussi *Kohn c. Allemagne* (déc.), n° 47021/99, 23 mars 2000, et *Dudová et Duda, Dudová et Duda c. République tchèque* (déc.), n° 40224/98, 30 janvier 2001.

⁴⁴ *Saint Synode de L'Église orthodoxe bulgare (métropolitaine Innocent) et autres c. Bulgarie*, nos 412/03 et 35677/04, § 103, 22 janvier 2009.

41. La Cour a souvent souligné que « *le droit des fidèles à la liberté de religion suppose que la communauté puisse fonctionner paisiblement, sans ingérence arbitraire de l'État. 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*⁴⁵ ». La Cour a systématiquement fait application de ce principe⁴⁶. Ainsi, le principe d'autonomie interdit aux autorités civiles de prendre des décisions internes à la vie des Églises, par exemple sur les nominations⁴⁷ et mutations⁴⁸ ; de même, le principe d'autonomie interdit à l'État d'obliger une communauté religieuse à admettre ou à exclure un membre⁴⁹. A fortiori, les modalités de célébration des rites relèvent de la compétence exclusive des organisations religieuses.
42. Il résulte de l'autonomie des communautés religieuses que celles-ci sont seules compétentes pour déterminer les modalités d'exercice de leur culte. Par conséquent, les autorités publiques ne peuvent pas imposer, « de l'extérieur » des modifications à la pratique des cultes, mais doivent se concerter avec les responsables des cultes afin d'adopter les mesures les plus adaptées aux circonstances.

Annexe

À titre informatif, nous reproduisons ci-dessous les recommandations formulées par l'Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) de l'OSCE, publiées dans *OSCE Human Dimension Commitments and State Responses to the Covid-19 Pandemic*, 2020, p. 119-120 :

RECOMMENDATIONS

- Ensure that any limitations imposed on the right to manifest freedom of religion or belief are prescribed by law, necessary for the achievement of the legitimate aim of protecting public health, are proportionate and non-discriminatory and framed in a gender-sensitive manner.
- Ensure that such limitations are accompanied by guidance for the authorities responsible for implementing them and those affected, in order to minimize the potential misuse or lack of implementation of such measures.
- Ensure that individuals and communities have effective recourse to appeal or review measures in question and/or decisions taken regarding their implementation.
- Make sure that in the process of imposing limitations newly established religious or belief communities and those more recently established or numerically smaller religious or belief communities are afforded equal protection.

⁴⁵ CEDH, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], 26 octobre 2000, § 84, CEDH 2000-XI. § 62, Voir aussi notamment *Serif c. Grèce*, n° 38178/97, § 53, CEDH 1999-IX, *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, précité.

⁴⁶ À l'exception de l'arrêt de section dans *Sindicatul*, ce qui a causé son renvoi devant la Grande-Chambre.

⁴⁷ *Dudova et Duda c. la République tchèque*.

⁴⁸ *Ahtinen c. Finlande*.

⁴⁹ *Sviato-Mykhailivska Parafiya c. Ukraine*, n° 77703/01, 14 juin 2007, § 146.

- In consultation with all religious or belief communities and taking gender considerations into account, periodically review the restrictions imposed, monitor their impact and adjust the level of restrictions in accordance with the evolving health and risk considerations.
- In cases when religious or belief communities resist implementing measures, avoid sensationalizing or misrepresenting such developments. They should not attribute blame to the community as a whole and should sanction only the individuals concerned, as appropriate.
- Ensure that the competent authorities that monitor places of worship for compliance with preventive measures are trained in both religious literacy and in freedom of religion or belief, deal with those attending places of worship with due sensitivity and are aware of and trained to deal with potential issues specific to men and women, including the different ways in which they might exercise their freedom of religion or belief in those spaces.
- Take steps to understand how the right to freedom of religion or belief of women and girls and young people is affected in oppressive homes and develop appropriate responses to address these concerns.
- Government leaders should speak out strongly and quickly against any forms of incitement to discrimination, hostility or violence on grounds of religion or belief; they should also proactively promote a counter-narrative of solidarity, hope and inclusion.
- Ensure that privacy and personal data are adequately protected in light of increased use of online media and technology by religious or belief communities.
- Establish permanent channels of communication and/or focal points at national, regional and local levels to build trust with representatives of different religious or belief communities.
- Proactively and systematically engage with all religious or belief communities within their jurisdiction to enable the phased, safe and evidence-based reopening of places of worship.
- Hold regular meetings with the focal points from religious or belief communities at national, regional and local levels. Such meetings should be used to set up crisis management systems, to ensure the best possible joint planning and response to emergency situations.