OBSERVATIONS ÉCRITES

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

Teliatnikov contre la Lituanie
(Requête n° 51914/19)

Grégor Puppinck, Directeur

17 septembre 2020

EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE
4, Quai Koch, 67000 STRASBOURG, FRANCE – Tél : +33 (0) 3 88 24 94 40 – Fax : +33 (0)3 88 22 74 12

I. Modalités de reconnaissance du droit à l'objection de conscience au service militaire

1. Le droit à l'objection de conscience au service militaire a été reconnu et affirmé progressivement par le Comité des droits de l'homme (A) et la Cour européenne des droits de l'homme (B), mais selon des modalités différentes, le premier rattachant ce droit au for interne, la seconde au for externe.

A. La jurisprudence du Comité des droits de l'homme

2. Si ce n'est qu'en 2006 que le Comité des droits de l'homme des Nations unies a formellement consacré le droit à l'objection de conscience au service militaire au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1], il avait auparavant préparé cette reconnaissance en accordant à ce droit un fondement de plus en plus solide. Ainsi, pour la première fois, dans une décision du 7 novembre 1991 rendue dans l'affaire *J.P. c. Canada*, il avait infléchi sa position et admis incidemment que « *l'article 18 du Pacte protège incontestablement le droit d'avoir, d'exprimer et de diffuser des opinions et des convictions, y compris le droit à l'objection de conscience aux activités et aux dépenses militaires*[2] ». Peu après, en 1993, dans son Observation générale n° 22 sur la liberté de pensée, de conscience ou de religion (art. 18)[3], tout en reconnaissant que le « *Pacte ne mentionne pas explicitement un droit à l'objection de conscience* », le Comité a estimé pour la première fois « *qu'un tel droit peut être déduit de l'article 18, dans la mesure où l'obligation d'employer la force au prix de vies humaines peut être gravement en conflit avec la liberté de conscience et le droit de manifester sa religion ou ses convictions* » (§ 11). Le président du groupe de travail ayant rédigé cette Observation générale, M. Dimitrijevic, indiqua que l'objection de conscience visée « *n'était pas une objection au service militaire en tant que telle, mais une objection au fait de tuer d'autres êtres humains*[4] ».

3. En 2006, dans les affaires de *Yeo-Bum Yoon et Myung-Jin Choi contre la République de Corée*, le Comité des droits de l'homme a considéré que les États qui n'admettent pas l'objection de conscience au service militaire violent l'article 18, paragraphe 3, du Pacte. Le Comité a « *fait observer que, si le droit de manifester sa religion ou sa conviction en tant que tel ne peut s'interpréter comme donnant le droit de refuser de s'acquitter de toutes les obligations imposées par la loi, il offre, conformément au paragraphe 3 de l'article 18, une protection contre l'obligation d'agir à l'encontre d'une conviction religieuse sincère.* » (§ 8.3). Il est intéressant de relever que, dans cette décision, le Comité a souligné que l'objection de conscience au service militaire constituait, dans le cas d'espèce, une manifestation de la conviction des objecteurs, que la sanction infligée à ceux-ci était une restriction portée par l'État à leur liberté de manifester leurs convictions, et que, par suite, une telle restriction n'était alors admissible que si elle était « *prévue par la loi et être nécessaire à la protection de la sécurité, de l'ordre, de la santé ou de la moralité publics ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui*.» (§ 8.3), conformément à l'article 18, paragraphe 3, du Pacte. En outre, le Comité a souligné que cette restriction ne devait pas « *porter atteinte à l'essence même du droit en question*[5] ». La légitimité de la restriction au droit à l'objection de conscience était analysée comme si l'objection était une manifestation de la liberté de conscience. Différemment, un membre du Comité (M. Solari-Yrigoyen) a néanmoins estimé,

[1] Voir CDH, *L. T. K. c. Finlande*, communication N° 185/1984, déc., 9 juillet 1985.
[2] CDH, *J P c Canada*, communication N° 446/1991, déc., 7 novembre 1991, § 4.2.
[3] CDH, Observation générale n° 22 sur la liberté de conscience, de pensée et de religion, 1993.
[4] CDH, Compte rendu analytique de la 1237e séance, CCPR/C/SR, 1237, 1er décembre 1993, § 45.
[5] CDH, *Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi c. République de Corée,* communication N° 1321-1322/2004, constatations du 3 novembre 2006, § 8.3 ; *Jung et autres c. République de Corée*, communications N° 1593 à 1603/2007, constatations du 23 mars 2010.

dans une opinion séparée, que la position de celui-ci aurait dû être fondée sur l'article 18, paragraphe 1, du Pacte plutôt que sur l'article 18, paragraphe 3. Si le droit à l'objection se fonde sur l'article 18 paragraphe 1, il garantit alors directement la conviction, et ne peut alors être restreint.

4. Dans deux constatations prononcées en 2011 dans l'affaire *Jeong et consorts c. République de Corée*[6], le Comité des droits de l'homme va adopter la position de M. Solari-Yrigoyen, faisant désormais découler le droit des objecteurs de conscience au service militaire directement du droit à la liberté de conscience et de religion : « *le droit à l'objection de conscience au service militaire est inhérent au droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit permet à toute personne d'être exemptée du service militaire obligatoire si un tel service ne peut être concilié avec sa religion ou ses convictions. L'exercice de ce droit ne doit pas être entravé par des mesures coercitives.* » (§ 7.3). Ce droit est ainsi regardé par le Comité comme étant constitutif du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; il n'est pas optionnel et n'est pas concédé par l'État. Il est implicitement mais nécessairement contenu dans la liberté de conscience[7]. Le Comité ajoute : « *Réprimer le refus d'effectuer le service militaire obligatoire dans le cas de personnes dont la conscience ou la religion interdit l'usage des armes est incompatible avec le paragraphe 1 de l'article 18 du Pacte*[8] ». Ce changement est significatif, car, comme le note le Comité dans ses Observations générales : « [l]*'article 18 distingue la liberté de pensée, de conscience, de religion ou de conviction, et la liberté de manifester sa religion ou sa conviction. Il n'autorise aucune restriction quelle qu'elle soit à la liberté de pensée et de conscience ou à la liberté d'avoir ou d'adopter la religion ou la conviction de son choix*[9] » garanties à l'article 18, paragraphe 1 du Pacte.

5. C'est dans le même sens que le Comité des droits de l'homme s'est prononcé par la suite, comme en témoigne l'affaire *Atasoy et Sarkut c. Turquie*[10]. Rappelant, comme il l'avait déjà énoncé dans l'affaire *Jeong et consorts c. République de Corée*, que le droit à l'objection de conscience au service militaire est « *inhérent* » à la liberté de conscience – c'est-à-dire qu'il relève entièrement du for interne – (à la différence des manifestations extérieures des convictions qui relèvent du for externe), le Comité considère qu'il y a lieu non plus d'examiner la nécessité de la sanction (ce qui serait le cas si le fondement du droit à l'objection de conscience au service militaire était encore l'article 18, paragraphe 3, du Pacte), mais seulement l'effectivité de ce droit. Considéré comme une composante du for interne, le droit à l'objection de conscience ne peut être limité, même en cas de danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation (art. 4.2 du Pacte). Ce droit à l'objection n'est pas un droit à rendre un service alternatif, mais bien un droit à ne pas être forcé ni sanctionné en raison de son refus. Selon le Comité, l'État « *peut, s'il le souhaite, obliger l'objecteur de conscience à effectuer un service civil de remplacement, en dehors de l'armée et non soumis au commandement militaire*[11] ». L'État n'a pas l'obligation de proposer un service de remplacement, mais, s'il décide de le faire, ce service doit alors être suffisamment distant de l'armée et ne pas constituer une forme de sanction : il « *ne doit pas revêtir un caractère punitif* » et « *doit présenter un véritable intérêt pour la collectivité et être compatible avec le respect des droits de l'homme*[12] ». L'objecteur ne doit faire l'objet d'aucune sanction.

[6] CDH, *Jeong et consorts c. République de Corée*, communications N° 1642 à 1741/2007, constatations du 24 mars 2011.
[7] À partir de l'affaire *Jeong et consorts* c. *République de Corée*, du 24 mars 2011.
[8] CDH, *Jong-nam Kim et consorts c. République de Corée*, communication N° 1786/2008, constatations du 25 octobre 2012.
[9] CDH, Observation générale n° 22 sur la liberté de conscience, de pensée et de religion, 1993, § 3.
[10] CDH, *Cenk Atasoy et Arda Sarkut c. Turquie*, Communications N° 1853/2008 et 1854/2008, constations du 29 mars 2012.
[11] *Id.*, § 10.4.
[12] *Id.*, § 10.4 ; voir aussi CDH, *Jeong et consorts* c. *République de Corée*, 24 mars 2011.

EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE
4, Quai Koch, 67000 STRASBOURG, FRANCE – Tél : +33 (0) 3 88 24 94 40 – Fax : +33 (0)3 88 22 74 12

6. Si cette nouvelle approche permet d'affirmer l'existence d'un droit universel à l'objection de conscience face au service militaire, elle comporte d'importantes implications théoriques. Du reste, plusieurs membres du Comité des droits de l'homme y ont vu une « *erreur importante* » : estimant que « *le refus d'accomplir le service militaire pour des raisons de conscience fait partie des 'actes très variés' qu'englobe la liberté de manifester sa religion ou sa conviction par le culte, les rites, les pratiques et l'enseignement*[13] », et que « *le Comité n'a pas encore fourni d'explication satisfaisante justifiant sa nouvelle approche de la question*[14] », ils ont exprimé le souhait que celui-ci revienne à son « *approche initiale fondée sur la liberté de manifester sa religion ou ses convictions dans la pratique*[15] ». De leur point de vue, le refus d'accomplir le service militaire (c'est-à-dire le refus d'agir *contre* sa conscience), de même que le fait d'être empêché de porter le voile islamique (c'est-à-dire l'empêchement d'agir *selon* sa conscience), seraient tous deux des *manifestations* des convictions et devraient être soumises au même régime.

7. D'autres membres du Comité des droits de l'homme (Sir Nigel Rodley, M. Krister Thelin et M. Cornelis Flinterman), quoique soutenant la nouvelle approche, n'en ont pas moins reconnu la difficulté à dégager, dans le cadre de cette approche, un critère portant « *sur la distinction à établir entre l'objection de conscience au service militaire et l'objection de conscience au paiement d'impôts ou, d'ailleurs, le respect d'autres obligations légales pour des motifs de conscience*[16]. » En effet, soutenir que le droit à l'objection de conscience au service militaire est inhérent au droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion soulève de vraies questions : Qu'est-ce qui rend l'objection de conscience au service militaire inhérent à la liberté de conscience ? Est-ce *l'objection de conscience* ou *le service militaire* ? En d'autres termes, l'objection de conscience est-elle en elle-même un droit inhérent à la liberté de conscience, ou est-ce l'objet de l'objection (ici le service militaire) qui rend le droit à l'objection inhérent au droit principal ? Il s'agit en fait de juger si l'objection de conscience est un *droit subjectif* (abstrait) affirmé par son sujet ou un *droit objectif* (concret) définit par son objet.
Notons que les successifs rapporteurs spéciaux des Nations unies sur la liberté de religion ou de conviction ont aussi tenu l'une et l'autre position[17]. La position selon laquelle l'objection de conscience mettrait en cause le for interne soutient celle que l'objection serait un droit subjectif. Cette position conduit à la situation paradoxale selon laquelle le droit à l'objection tirerait son caractère absolu de la subjectivité (et donc relativité) de la conscience individuelle.

8. Prétendre que le droit à l'objection de conscience constitue un droit en soi (subjectif), inhérent à la liberté de pensée, de conscience et de religion, soulève ensuite le problème de sa nécessaire limitation concrète, sans quoi ce droit serait destructeur de l'ordre juridique et social. En revanche, affirmer que ce droit découle de son objet implique un jugement sur cet objet, par exemple : *le service militaire peut-il être légitimement considéré comme mauvais, et si oui, pourquoi n'en serait-il pas de même du service civil ?* Bien que la majorité du Comité ait défendu la première thèse, plusieurs de ses membres (menés par Sir Nigel Rodley) ont néanmoins fait valoir que c'est en raison du « *caractère sacré de la vie humaine* » que « [l]*e droit de refuser de tuer doit être accepté complètement*[18] », lequel prend la forme notamment d'un droit « *à l'objection de*

[13] Constatations du Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (104e session) concernant les Communications nos 1853/2008 et 1854/2008.
[14] *Id.*
[15] *Id.*
[16] Opinion individuelle concordante de Sir Nigel Rodley, M. Krister Thelin et M. Cornelis Flinterman dans l'affaire CDH, *Cenk Atasoy et Arda Sarkut c. Turquie*.
[17] Heiner Bielefeldt, et al., *Freedom of Religion or Belief, An International Law Commentary*, p 269 et s.
[18] Opinion individuelle concordante de Sir Nigel Rodley, M. Krister Thelin et M. Cornelis Flinterman dans l'affaire CDH, *Cenk Atasoy et Arda Sarkut c. Turquie*.

conscience au service militaire » et « *le place sur un autre plan que les autres biens humains fondamentaux protégés par le Pacte* ». Ainsi, selon cette approche, le service militaire n'est pas l'objet accidentel de l'objection, il en est la cause même, il la détermine : le droit à l'objection ne trouve pas son origine dans la conscience individuelle considérée isolément, mais dans le problème moral que pose objectivement le fait de tuer, c'est-à-dire dans son objet appréhendé par la conscience morale. C'est parce que l'objection face à l'obligation potentielle de tuer est considérée comme juste en soi, en raison de son objet même, qu'elle bénéficie à chacun, sans « *différenciation entre objecteurs de conscience sur la base de la nature de leurs convictions particulières*[19] ». Lorsque l'objection est estimée juste, peu importe alors la nature morale ou religieuse de la conviction de l'objecteur : l'objection est alors justifiée par son objet. A contrario, lorsque des actes ne sont pas reconnus comme justifiant en soi une objection, celle-ci est alors appréhendée du point de vue subjectif.

9. Il convient d'ajouter que le Comité des droits de l'homme n'a pas encore, semble-t-il, été saisi de cas d'objection de conscience dans des domaines autres que celui du service militaire. Cependant, comme indiqué précédemment, il a affirmé dans sa décision *Yoon et Choi* du 3 novembre 2006 que : « *si le droit de manifester sa religion ou sa conviction en tant que tel ne peut s'interpréter comme donnant le droit de refuser de s'acquitter de toutes les obligations imposées par la loi, il offre, conformément au paragraphe 3 de l'article 18, une protection contre l'obligation d'agir à l'encontre d'une conviction religieuse sincère* » (§ 8.3). Il s'agit bien là d'une protection générale, mais non absolue, d'un droit à l'objection de conscience. À la date où il a adopté cette décision, le Comité des droits de l'homme analysait encore l'objection de conscience comme une *manifestation* de la liberté de conscience (for externe), susceptible de faire l'objet des limitations prévues à l'article 18, paragraphe 3, du Pacte. Sa jurisprudence récente, qui n'admet pas une telle limitation à ce droit face au service militaire, renforce l'effectivité de cette protection au moins à l'encontre des autres pratiques susceptibles de porter atteinte à des vies humaines[20]. En toute logique, et à plus fortes raisons, le Comité devrait aussi admettre l'objection de conscience face à l'euthanasie ou à l'avortement qui mettent fin systématiquement à une vie humaine alors que le service militaire n'implique que le risque de tuer, dans un but d'intérêt général, le plus souvent en situation de nécessité ou de légitime défense et dans le respect du droit de la guerre.

B. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

10. L'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme constitue un autre exemple mettant en évidence la grande difficulté – à laquelle a été confrontée le Comité des droits de l'homme – de saisir la nature et la portée de la distinction ainsi que l'articulation entre liberté de conscience et liberté de religion, entre manifestation positive des convictions et manifestation négative de ces mêmes convictions.

11. En 2011, la Cour européenne, adoptant une approche dynamique et évolutive de l'interprétation de la Convention européenne, a reconnu un droit à l'objection de conscience au service militaire à l'occasion de l'affaire *Bayatyan c. Arménie*[21]. La Cour a jugé que « *l'opposition au service militaire, lorsqu'elle est motivée par un conflit grave et insurmontable entre l'obligation de servir dans l'armée et la conscience d'une personne ou ses convictions sincères et profondes, de nature religieuse ou autre, constitue une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour entraîner l'application des garanties de l'article 9* » (§ 110). La Cour a ensuite estimé que le refus de répondre à la convocation militaire

[19] Observation générale n° 22, § 11.
[20] Observation générale n° 22.
[21] CEDH, *Bayatyan c. Arménie*, GC, n° 23459/03, 7 juillet 2011, § 110.

était une manifestation de ses convictions religieuses et que la condamnation de l'intéressé pour s'être soustrait à ces obligations militaires devait s'analyser « *en une ingérence dans l'exercice de la liberté de manifester sa religion telle que garantie par l'article 9 § 1* » (§ 112). La Cour a conclu à la violation de l'article 9 en soulignant qu'il existait des solutions de remplacement effectives propres à ménager les intérêts concurrents en présence.

12. En adoptant, dans l'arrêt *Bayatyan c. Arménie,* une telle position (cette dernière étant sans doute moins théorique que pratique car correspondant au mode de raisonnement habituel des juges strasbourgeois), la Cour s'est donc alignée sur la position du Comité des droits de l'homme des Nations unies alors en vigueur, telle qu'elle avait été définie dans l'affaire *Jeong et consorts c. République de Corée,* car elle a considéré que l'objection de conscience est une *manifestation* de la liberté de conscience et de religion, susceptible de limitation, et qu'une ingérence dans ce droit doit être justifiée au regard des critères posés à l'article 9, paragraphe 2, de la Convention.

13. La Cour s'est également ralliée, en reconnaissant que l'article 9 de la Convention contient un droit à l'objection de conscience, à la position défendue depuis 1967 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE)[22] et rappelée notamment dans une résolution de 2002, suivant laquelle « *le droit à l'objection de conscience est une composante fondamentale du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion reconnu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention européenne des droits de l'homme*[23] ». Cette position est également celle du Comité des ministres du Conseil de l'Europe[24] ainsi que de la quasi-totalité des États membres de ce Conseil, puisque, à la date de l'arrêt, seuls deux d'entre eux ne reconnaissaient pas l'objection de conscience au service militaire.

14. La position de principe adoptée par la Cour dans l'arrêt *Bayatyan* s'est toutefois rapidement montrée inadaptée à la réalité sociale et politique, la Cour ayant été amenée à juger du bien fondé d'une objection en fonction du contenu de la conviction en cause. En effet, dès 2016, la Cour a rejeté la requête[25] d'un objecteur islamiste turc refusant de servir dans l'armée d'un État laïc, au motif que ses convictions à l'origine de son objection « *ne se rapportent pas à une forme de manifestation d'une religion ou d'une conviction par le culte, l'enseignement, les pratiques ou l'accomplissement des rites* » (§ 82) et ne sauraient dès lors se prévaloir de la protection de l'article 9 de la Convention. La Cour fit également remarquer que l'objecteur n'est pas opposé, par principe, au service militaire, mais seulement à rendre un tel service à un État laïque.

15. Ce jugement *Enver Aydemir* pose doublement un problème. D'abord parce qu'il estime que l'adhésion à la charia et le refus qui en résulte de servir un État laïque ne seraient pas des convictions religieuses, alors même que le propre de l'islam est de confondre religion et politique. En excluant ainsi les convictions islamistes de la protection de l'article 9, ce jugement va à l'encontre d'une jurisprudence bien établie de la Cour[26]. Ce jugement pose aussi problème parce

[22] APCE, Résolution 337 (1967) *relative au droit à l'objection de conscience*. Voir aussi notamment la recommandation 1518(2001) du 23 mai 2001, *Exercice du droit à l'objection de conscience au service militaire dans les États membres du Conseil de l'Europe*, dans laquelle l'APCE déclare que le droit à l'objection de conscience est « *une composante fondamentale du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion* » reconnu dans la Convention.

[23] APCE, Recommandation 1518 (2001), § 2.

[24] Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation R(87)8 du 9 avril 1987 relative *à l'objection de conscience au service militaire obligatoire*, et la Recommandation CM/Rec(2010)4 24 février 2010 du Comité des Ministres aux États membres sur les droits de l'homme des membres des forces armées.

[25] CEDH, *Enver Aydemir c. Turquie*, n° 26012/11, 7 juin 2016, §§ 68-84.

[26] Voir notamment l'arrêt *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98 du 10 novembre 2005 sur le port du voile islamique ou l'arrêt *Gündüz c. Turquie* n° 35071/97 du 4 décembre 2003 dans lequel la Cour a jugé contraire à la liberté d'expression le fait qu'un dirigeant religieux musulman avait été condamné pour avoir violemment critiqué le régime laïc en Turquie, appelé à l'instauration de la Charia et qualifié de « bâtards » les enfants nés d'unions consacrées par les seules autorités laïques.

qu'il réduit la protection de l'article 9 aux seules convictions qui se manifestent par le culte, l'enseignement, les pratiques ou l'accomplissement des rites, c'est-à-dire qui sont essentiellement religieuses ou cultuelles. Or le champ de la liberté de conscience est plus étendu que la religion même si libertés de conscience et de religion sont garanties ensemble[27]. On peut vouloir et devoir objecter pour des motifs non religieux, de justice et de simple humanité[28].

16. Cette décision est manifestement très mal argumentée. Désireux de soutenir la lutte contre l'islamisme, les juges n'ont sans doute pas trouvé d'autre moyen de dénier aux islamistes la qualité d'objecteur que d'exclure leurs convictions du champ de l'article 9, au préjudice de la liberté de conscience et de religion. Il eut été préférable de rejeter le recours au motif que l'objection du requérant ne porte pas sur le fait d'accomplir un service militaire, mais de servir un État laïc. Le recours aurait alors été rejeté au nom du respect de l'obligation de loyauté de tout citoyen envers sa patrie, dès lors que son armée ne commet pas d'actes gravement injustes. C'est dans ce cas seulement que l'objection devient légitime, et même obligatoire ; ce fut le cas par exemple du célèbre Franz Jägerstätter qui paya de sa vie son refus de servir dans l'armée allemande, non pas par pacifisme, mais par obéissance à sa conscience morale, éclairée par sa foi catholique, qui lui faisait voir le mal du régime nazi.

17. À ce jour, la Cour n'a fait droit aux objecteurs au service militaire que lorsque leurs objections portaient non pas sur l'usage politique fait de l'armée, mais sur le caractère militaire du service, que les objecteurs soient Témoins de Jehova[29] ou pacifistes[30].

II. Eléments d'appréciation quant à la distance entre la conviction et l'acte auquel il est objecté

18. Pour juger une objection, il convient de tenir compte de la distance entre l'objet (l'acte en cause) et le motif (la conviction) de l'objection. Être forcé de tenir un fusil n'est pas la même chose qu'être forcé de s'en servir. Assurer le ménage dans une clinique d'avortement n'est pas la même chose que de réaliser un avortement. Tout acte engage la conscience de son auteur à des degrés divers selon des circonstances qu'il convient d'apprécier au cas par cas.

19. La Cour européenne formule la nécessité d'un rapport suffisamment étroit entre l'objet et la cause de l'objection en termes clairs : « *À supposer même que la conviction en question atteigne le degré de force et d'importance requis, tout acte inspiré, motivé ou influencé par elle ne peut passer pour en constituer une 'manifestation'. Ainsi, une action ou une omission n'étant pas l'expression directe d'une conviction ou n'ayant qu'un rapport lointain avec un principe de foi échappe à la protection de l'article 9 § 1*[31] ». La Cour précise que « *l'existence d'un lien suffisamment étroit et direct entre l'acte et la conviction qui en est à l'origine doit être établie au*

[27] Comment comprendre alors que dans d'autres affaires la Cour juge que l'opposition au mariage homosexuel est une conviction religieuse ? Elle pourrait fort bien, sur la base de *l'arrêt Enver Aydemir* priver de protection toutes les personnes ayant une objection de nature morale.

[28] CEDH, *Polednová c. République tchèque*, n° 2615/10, 21 juin 2011. L'affaire concernait la condamnation d'une femme pour avoir participé en tant que procureur à un simulacre de procès ayant conduit à la condamnation à mort de quatre opposants au régime communiste.

[29] Affaires *Bayatyan* (précité, § 111), *Erçep c. Turquie*, n° 43965/04, § 48, 22 novembre 2011, *Feti Demirtaş c. Turquie*, n° 5260/07, § 97, 17 janvier 2012, et *Buldu et autres c. Turquie*, n° 14017/08, § 83, 3 juin 2014.

[30] CEDH, *Savda c. Turquie*, n° 42730/05, 12 juin 2012, § 96 ; *Tarhan c. Turquie*, n° 9078/06, 17 juillet 2012, § 58.

[31] CEDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n[os] 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, 15 janvier 2013, § 82. Voir aussi *Skugar et autres c. Russie* et, par exemple, *Arrowsmith c. Royaume-Uni*, n° 7050/75, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, (DR) 19, p. 5, *C. c. Royaume-Uni*, n° 10358/83, rapport de la Commission du 15 décembre 1983, DR 37, p. 142, et CEDH, *Zaoui c. Suisse*, déc., n° 41615/98, 18 janvier 2001.

vu des circonstances de chaque cas d'espèce[32]. » Pour que l'objection soit sérieuse, il doit ainsi exister un lien suffisamment « *étroit et direct* » entre le motif de l'objection et son objet[33] de sorte que la personne soit moralement engagée par l'action. Si l'objecteur est sommé d'accomplir lui-même l'acte objecté (par exemple l'obstétricien face à l'avortement), il est engagé moralement et la question de la distance ne se pose pas. En revanche, s'il n'accomplit pas lui-même l'acte réprouvé, mais intervient néanmoins dans la procédure (par exemple en indiquant le nom d'un médecin susceptible de pratiquer l'avortement), il convient alors d'apprécier cette distance, et ce au moyen des critères, classiques en philosophie morale, dégagés pour mesurer la « coopération au mal », et qui distinguent selon que la coopération est directe ou indirecte, formelle ou matérielle, proche ou lointaine.

A. La nécessité d'un lien direct et la doctrine du double effet

20. L'existence d'un « lien direct » signifie que la personne concernée serait conduite, si elle effectuait l'acte auquel elle objecte, à collaborer directement au mal réprouvé en conscience : « *Cette collaboration est dite directe quand il ne peut y avoir de doute sur l'intention déterminée de l'acteur principal*[34]. » Ainsi, un pharmacien est directement engagé moralement lorsqu'il délivre un produit abortif à une cliente car ce produit ne laisse place à aucun doute quant à l'usage qui en sera fait et aux effets qui en découleront. Il en va différemment de la contraception qui peut être prescrite dans un but autre qu'anticonceptionnel. De même, dans des circonstances normales, un vendeur d'armes n'est pas engagé directement par l'usage qui sera fait des armes qu'il vend dès lors qu'elles peuvent être utilisées à de bonnes fins, telle la légitime défense ou de loisir.

21. La nécessité de l'existence d'un lien direct entre le motif de l'objection et son objet permet de tenir compte des situations soulevant la problématique du « double effet[35] », c'est-à-dire de celles dans lesquelles un même acte produit à la fois de bons et de mauvais effets. Une personne peut-elle objecter à un acte dès lors qu'il est susceptible de produire un mal ? La réponse, classique en philosophie morale[36], consiste à vérifier, premièrement, que le bon effet est la seule finalité de l'acte, deuxièmement, que le mauvais effet n'est pas désiré pour lui-même, troisièmement, que le bon effet résulte de l'acte et non du mauvais effet, et, quatrièmement, que le mauvais effet n'est pas disproportionné par rapport au bon effet.
Ainsi, selon cette doctrine, un mal ne peut être toléré que comme prix d'un bien au moins égal, et à la condition que le bien recherché ne soit pas le résultat du mal. Cette dernière condition qui veut que le mal soit un effet secondaire de l'action et non un moyen du bien visé reprend la règle morale selon laquelle un mal ne peut produire un bien, sans quoi la fin justifierait les moyens.

22. En application de cette théorie du double effet, un médecin objecteur en principe à l'avortement ne serait pas empêché en conscience (et serait même tenu) de prodiguer à une femme enceinte dont la vie est en danger un traitement susceptible de provoquer un avortement. Dans un tel cas, le but du soin n'est pas l'avortement mais la sauvegarde de la vie de la femme, et la valeur de la vie de la mère est proportionnée à celle de l'enfant à naître, ce qui rend le risque d'avortement acceptable. Le lien entre l'acte en cause et son effet réprouvé est alors indirect. Dans ce cas, un médecin ne saurait objecter sans manquer de respect à son obligation de soins. Il en va différemment lorsqu'une femme demande à avorter pour des raisons de convenance personnelle,

[32] CEDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, § 82.
[33] Com. eur. DH, *Borre Arnold Knudsen c Norvège*, déc., n° 11045/84, 8 mars 1985.
[34] Jacques Suaudeau, *L'objection de conscience. Son application dans le domaine de la santé* ; en ligne.
[35] Aussi désigné comme acte « volontaire indirecte ».
[36] St Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II-II, Qu. 64, Art.7.

telle la situation économique : dans ce cas, le bon effet recherché (la limitation des dépenses) n'est pas proportionné à la valeur de la vie sacrifiée et résulte du mauvais effet en lui-même.

B. La nécessité d'un lien étroit

23. La collaboration requise à l'acte réprouvé doit aussi être suffisamment étroite ou proche pour que l'objection soit justifiée. Cependant, dès lors que la collaboration de l'objecteur, même lointaine, est nécessaire à la réalisation de l'acte réprouvé, elle engage moralement autant qu'une collaboration proche et l'objection est alors justifiée sous cet angle. Ainsi en est-il par exemple non seulement de la prescription, de la vente et de l'administration de la pilule abortive, mais aussi de sa fabrication. De même un médecin qui indiquerait les coordonnées d'un de ses confrères qui pratique l'avortement serait engagé moralement par cet acte, car son indication contribue à sa réalisation. Il est alors légitime que son éventuelle objection à l'avortement s'applique aussi au refus de désigner un praticien susceptible d'accomplir l'acte réprouvé[37]. Le pharmacien qui fournit la pilule abortive n'est pas moins engagé que l'infirmière qui l'administre ou le médecin qui pratique un avortement chirurgical : la méthode de l'avortement est sans incidence. Il en est de même de la personne qui assiste un suicide en préparant le poison.

24. La Cour européenne tient compte de la nécessité de ce « lien étroit » et elle a estimé, à titre d'illustration, que cette condition n'est pas remplie lorsque le refus de payer l'impôt est simplement motivé par l'opposition à l'avortement[38] ou à l'armée[39], ou lorsque cette opposition à l'avortement est invoquée par un pasteur pour justifier le refus d'assurer les fonctions d'officier d'état civil qui lui incombent[40]. De même, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a estimé qu'un contribuable ne peut objecter au paiement de l'impôt au seul motif que l'État finance un culte auquel il n'adhère pas[41].

25. C'est aussi la position du Comité des droits de l'homme qui a déclaré irrecevable une plainte émanant d'une personne qui avait refusé de payer le pourcentage de ses impôts correspondant au pourcentage du montant du budget fédéral du Canada consacré aux dépenses militaires[42].
Dans l'affaire de l'objecteur de conscience islamiste turc, évoquée précédemment[43], c'est aussi au regard de la distance entre le motif de l'objection (le refus de la laïcité) et son objet (le service militaire) que la Cour européenne aurait pu se prononcer, plutôt que d'exclure abusivement la conviction en cause du bénéfice de l'article 9.

---

[37] Dans ce cas, comme le note Jean Pierre Schouppe, « il pourrait sembler raisonnable que la charge de l'information repose sur l'État qui a pris la responsabilité de dépénaliser ces pratiques qui, par ailleurs, restent des exceptions strictement limitées à la règle de l'interdiction de tuer. Aucun médecin ne peut être obligé à accomplir de tels actes. C'est donc à l'État dépénalisant que devrait revenir la tâche d'organiser un mécanisme d'information sur les médecins disponibles à l'attention des patients. » « La dimension institutionnelle de l'objection de conscience », in *Droit et prévention de l'avortement en Europe*, sous la direction de Grégor Puppinck, Bordeaux : LEH édition, 2016, p. 266.
[37] CEDH, *Fernandez-Martinez c Espagne*, GC, n° 56030/07, 12 juin 2014, § 127.
[38] Com. EDH, *Bouessel du Bourg c. France*, n° 20747/92, déc., 18 février 1993.
[39] Com. EDH, *C. c. R-U*, n° 10358/83, déc. 15 décembre 1983. Voir aussi CDH, *J P c Canada*, Communication N° 446/1991.
[40] Com. eur. DH, *Borre Arnold Knudsen c. Norvège*.
[41] CEDH, *Darby c. Suède*, n° 11581/85, 9 mai 1989 ; *Iglesia Bautista 'El Salvador' et José Aquilino Ortega Moratilla c. Espagne*, n° 17522/90, 22 décembre 1992.
[42] CDH, *J. P. c. Canada*, par. 4.2. Le Comité avait relevé que « [c]*ertes, l'article 18 protège incontestablement le droit d'avoir, d'exprimer et de diffuser des opinions et des convictions, y compris le droit à l'objection de conscience aux activités et aux dépenses militaires, mais le refus de payer des impôts au motif de l'objection de conscience ne ressortait pas, à l'évidence, à la protection accordée par cet article...* »
[43] CEDH, *Enver Aydemir c. Turquie*, n° 26012/11, 7 juin 2016, §§ 68-84.

26. La Cour européenne a aussi tenu compte de la distance entre la cause et l'objet de l'objection, mais de façon inverse : lorsqu'elle exige des États que le service civil éventuellement requis en remplacement du service militaire soit « suffisamment séparé de l'armée[44] ». Dans ce cas, elle veille à ce que la distance soit rendue suffisamment grande par les autorités afin de s'assurer que le service demandé ne heurte pas la conscience de l'objecteur.

III. Les obligations de l'État en présence d'une objection exprimant une conviction religieuse ou philosophique

27. Contrairement à une objection résultant du caractère immoral de l'acte auquel il est objecté (objection morale), une objection ayant un motif exclusivement religieux et portant sur un acte dont la moralité est admise est fondée sur le droit à la liberté de religion de la *personne* et sur l'idéal de *société* démocratique. Les autorités publiques doivent ici chercher à concilier les droits et intérêts en jeu, mais comme l'objection ne peut plus prétendre être juste en soi, son acceptation sera limitée par le respect des valeurs fondamentales de la société.

28. La transformation culturelle de la société occidentale modifie le fondement de la liberté de conscience et de religion. Un nouveau fondement (collectif) émerge qui tend à se substituer à celui (personnel) de la dignité : il s'agit de l'idéal de société démocratique, pluraliste et libérale. Toutefois, dès lors que la conception que l'on se fait de la société commande l'attitude envers l'objection de conscience, la source du droit à la liberté de religion et de conscience, qui est absolue lorsqu'elle puise à la dignité de l'homme, devient relative et contingente lorsqu'elle découle de l'idéal de société démocratique, car cet idéal repose non pas tant sur une ontologie que sur la volonté de coexistence qui est essentiellement pratique.

29. La Cour européenne a développé sa doctrine concernant la prise en compte concrète de l'objection religieuse dans la perspective de l'idéal de société démocratique. Selon la Cour européenne, une « *société démocratique* » est caractérisée par « *le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture* »[45]. En pratique, si la Cour européenne était parfaitement cohérente avec ses propres principes, c'est au regard de ces critères qu'elle devrait juger si est justifiée une sanction portée à l'encontre d'un objecteur de conscience pour motif religieux. En pratique, cette attention à porter aux individus et aux groupes minoritaires prend la forme d'une recherche de compromis proche de la notion d'accommodement raisonnable. Si l'on tient à la relation entre la raison et la justice, ces accommodements ne sauraient aller jusqu'à créer des injustices, mais au contraire visent à les éviter en veillant à établir une équité. La Cour donne en exemple l'instauration du service civil qui permet de respecter les convictions minoritaires des objecteurs sans créer d'inégalité entre les conscrits.

A. Concilier les droits et non les opposer

30. Il convient ici de veiller à reconnaître un degré de protection plus élevé à l'expression négative qu'à la manifestation positive de la liberté de conscience et de religion. En effet, une manifestation positive de la liberté de conscience et de religion peut toujours être modulée, et donc restreinte pour des motifs légitimes, sauf à atteindre son noyau. L'office du juge est alors de rechercher si la restriction à cet exercice positif était justifiée au regard des autres droits et intérêts concurrents. Les droits et intérêts concurrents sont alors *mis en balance*, ce qui, concrètement, résulte en la

[44] CEDH, *Adyan et autres c. Arménie*, n° 75604/11, 12 octobre 2017, § 69.
[45] CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, 7 décembre 1976, § 49.

prévalence de l'un sur l'autre au vu des circonstances. En revanche, en matière d'objection de conscience, l'approche doit être différente car il n'est pas possible de restreindre la liberté négative de conscience (ne pas être contraint d'agir contre ses convictions) sans, du même coup, la réduire à néant. Par conséquent, l'État ne peut en aucun cas contraindre l'objecteur à agir positivement contre ses convictions.

31. L'obligation de l'État consiste alors à *concilier* les droits concurrents de sorte qu'ils puissent coexister et être, l'un et l'autre, entièrement respectés, plutôt qu'à faire prévaloir l'un sur l'autre. L'exigence de conciliation dépasse celles de la stricte justice commutative, en ce qu'elle vise à ce que chacun puisse bénéficier de droits concrets et effectifs[46]. Cette approche, davantage distributive, se fonde non seulement sur la liberté de conscience et de religion, mais s'appuie aussi sur le principe d'égalité qui veut qu'une personne ou un groupe, du seul fait qu'il soit minoritaire, ne fasse pas l'objet d'un traitement inégal dans la jouissance effective des droits humains. Cette approche a pour corollaire le principe de non-discrimination. C'est afin que les minorités ne soient pas indirectement discriminées par les choix de la majorité que l'État doit adopter des mesures pour préserver la minorité. Ainsi, lorsque la Cour juge que l'État a l'obligation positive de respecter un droit, « *le verbe "respecter" signifie bien plus que "reconnaître" ou "prendre en compte". En sus d'un engagement plutôt négatif, il implique à la charge de l'État une certaine obligation positive*[47] ». C'est une façon, pour la société, d'autolimiter son emprise collective sur les individus et de demeurer libérale. Une démarche de l'État visant à concilier les droits concurrents, plutôt qu'à faire prévaloir les uns sur les autres, est « *de nature à assurer le pluralisme dans la cohésion et la stabilité et à promouvoir l'harmonie religieuse et la tolérance au sein de la société*[48] ». D'une manière plus générale, et comme l'ont fait observer les juges Tulkens, Popović et Keller en marge d'une affaire mettant en cause le refus d'une juridiction de reporter une audience fixée un jour de shabbat, cette obligation positive qui pèse sur l'État consiste à mettre en place des « *aménagements raisonnables* », quitte à accorder « *quelques concessions* », car elles sont aussi le « *prix à payer pour le respect de la liberté de religion dans une société multiculturelle*[49] ».

32. C'est sur l'État que pèse la responsabilité de veiller à concilier le respect de la liberté de conscience de l'objecteur avec les autres droits et intérêts concurrents, et l'office du juge consiste d'abord à vérifier si les autorités ont pris positivement des mesures proportionnées à cette fin. Le fait de ne pas proposer de mode de conciliation suffit à constituer une violation de la liberté de conscience et de religion. Ainsi, par exemple, s'agissant des règles alimentaires de nature religieuse, la Cour a dégagé l'existence d'une obligation positive à la charge de l'État de proposer une alimentation compatible avec la religion des personnes détenues[50]. L'État, non seulement ne peut contraindre *de facto* un détenu à absorber des aliments contraires à ses convictions religieuses, mais il doit aménager le régime alimentaire autant que possible pour que le détenu puisse se nourrir sans violer ses convictions. Pour ce qui est du service militaire, la Cour a estimé, dans l'arrêt *Bayatyan*, que le respect de la liberté de religion et de conscience des objecteurs implique l'obligation positive pour l'État d'organiser le fonctionnement de ce service de sorte que soient respectés les droits des objecteurs, ce qui revient à dire que l'État est tenu de proposer une alternative au service armé. Pour la Cour, c'est l'absence d'alternative (c'est-à-dire d'offre de conciliation) qui établit par elle-même la violation de la liberté de conscience et de religion de l'objecteur.

[46] CEDH, *Artico c. Italie*, n° 6694/74, 13 mai 1980, § 33.
[47] CEDH, *Folgero et autres c. Norvège.*
[48] CEDH, *Bayatyan c. Arménie,* § 126.
[49] CEDH, *Francesco Sessa c. Italie*, n° 28790/08, 3 avril 2012, opinion dissidente commune.
[50] CEDH, *Vartic c. Roumanie* (no 2), n° 14150/08, 17 décembre 2013.

33. Il ne suffit toutefois pas de proposer une conciliation, celle-ci doit être sincère et équitable. Elle doit respecter les convictions de l'objecteur et ne pas constituer une sanction déguisée. Les organes des Nations unies ont précisé les qualités que doit revêtir un tel dispositif de substitution : le service éventuellement imposé en remplacement du service militaire doit être compatible avec les raisons de l'objection de conscience, ne pas avoir le caractère d'une sanction[51], « *présenter un véritable intérêt pour la collectivité et être compatible avec le respect des droits de l'homme*[52] ». *Mutatis mutandis*, ces caractères peuvent être requis pour toute conciliation et service alternatif à toute objection religieuse légitime.

B. Une sanction possible en cas d'échec de la conciliation

34. Ce n'est que dans l'hypothèse où les autorités ont effectivement proposé des mesures satisfaisantes de conciliation, et que celles-ci ont toutefois été refusées par l'objecteur, que se pose alors la question de la légitimité de sa sanction. En effet, lorsque l'objection exprime une conviction religieuse, elle ne met pas en cause la justice de l'acte auquel il est objecté ; il n'est donc pas nécessairement injuste de sanctionner la personne qui refuse de l'accomplir, mais il y faut des motifs graves.

35. Tel est le raisonnement suivi dans l'affaire *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse* par la CEDH. Celle-ci a observé que les autorités suisses avaient proposé une mesure de conciliation aux parents afin de permettre à leurs filles de participer aux cours de natation mixtes dans le respect de leurs convictions musulmanes, à savoir le port d'un « burkini ». Ce n'est qu'après le refus de cette offre de conciliation que les parents furent sanctionnés au regard de l'intérêt des enfants à leur propre intégration sociale. Les filles ne furent toutefois pas contraintes de participer aux cours de natation. Il en fut de même par exemple dans l'affaire CEDH, *Dojan et autres c. Allemagne*, dans un contexte similaire[53].

Encore faut-il que la sanction éventuellement imposée aux objecteurs soit nécessaire dans une « société démocratique ».

[51] Commission des droits de l'homme, Résolution 1998/77, OP4 ; CDH, *Yeo-Bum Yoon* et *Myung-Jin Choi Choi c. République de Corée*, *précitée.*
[52] CDH, *Cenk Atasoy et Arda Sarkut c. Turquie*, 2012, § 10.4 ; CDH, *Jeong et consorts* c. *République de Corée*, 24 mars 2011.
[53] CEDH, *Dojan et autres c. Allemagne*, n° 319/08, 13 septembre 2011, à propos de mesure alternatives proposées à la participation à un carnaval.