

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

OBSERVATIONS ECRITES EN TIERCE INTERVENTION

Présentées dans l'affaire
n° 56030/07

Jose Antonio FERNÁNDEZ MARTÍNEZ contre l'Espagne

EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE

1. La requête présentée par M. Jose Antonio FERNÁNDEZ MARTÍNEZ contre l'Espagne soulève, à notre sens, assez peu de difficultés quant à son résultat : l'ECLJ est d'avis qu'il n'y pas eu en l'espèce de violation des droits invoqués par le requérant. L'ECLJ partage l'avis du Tribunal constitutionnel espagnol, suivant lequel la décision de l'Évêque n'était ni discrétionnaire, car elle n'échappait pas complètement au contrôle des tribunaux internes ; ni arbitraire, car les éventuelles ingérences dans les droits du requérant étaient dûment justifiées par le respect dû « à l'exercice licite du droit fondamental de l'Église catholique à la liberté religieuse dans sa dimension collective ou communautaire (article 16 § 1 de la Constitution), en relation avec le droit des parents à l'éducation religieuse de leurs enfants (article 27 § 3 de la Constitution). »

2. L'ECLJ est d'avis que pour fonder cette décision, le Tribunal constitutionnel espagnol aurait également pu faire porter son analyse sur les conséquences du manquement du requérant dans ses obligations, notamment de loyauté, à l'égard de son employeur ; ces obligations étant légitimes, compte-tenu de la spécificité de cette relation de travail, et librement acceptées. Ainsi, avant d'apprécier le comportement du requérant au regard des droits des tiers, le Tribunal constitutionnel aurait pu statuer au regard des obligations que le requérant avait contractées à l'égard de son employeur. S'il semble qu'il faille, sans grande hésitation, conclure en l'espèce à la non-violation des droits invoqués, l'objet de cette requête soulève cependant une question de droit intéressante : celle de l'appréciation de la légitimité des différences de traitement en matière d'emploi en raison du caractère religieux de l'employeur. Cette question est connexe à celle concernant la légitimité des différences de traitement à l'embauche,

3. Plusieurs affaires actuellement pendantes auprès de cette Cour portent sur ce point, dont, à notre connaissance :

- La requête n° 18136/02, *Astrid SIEBENHAAR c./ l'Allemagne*, concerne le licenciement extraordinaire d'une éducatrice travaillant dans une garderie d'enfants tenue par une paroisse protestante du fait de sa conversion et participation active au sein de « L'Eglise universelle ».

- La requête n° 1620/03, *Bernhard Josef SCHÜTH c./ l'Allemagne*, concerne le licenciement d'un organiste et chef de chœur dans une paroisse catholique, en raison de son manquement à l'obligation de fidélité conjugale.

- La requête n° 425/03, *Michael Heinz OBST c./ l'Allemagne*, concerne le licenciement du directeur européen des relations publiques de l'Eglise mormone, en raison de son manquement à l'obligation de fidélité conjugale.

- La Requête n° 38254/04, *Andreas BAUDLER c./ l'Allemagne*, concerne la « mise en disponibilité » d'un pasteur protestant suite à la perte de la confiance avec son conseil de paroisse ; le requérant ayant informé le public de son litige et lancé une campagne dans les médias. Devant la Cour européenne, le requérant ne dénonce pas tant la décision de mise en disponibilité, que l'autonomie relative des juridictions ecclésiastiques. Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, le requérant se plaint de n'avoir pas eu accès à un « tribunal ».

I. Le droit en vigueur

4. *L'affaire Rommelfanger c./ RFA*¹ fait référence concernant l'obligation de loyauté de l'employé à l'égard d'un employeur de nature religieuse. La Cour a considéré comme justifié le licenciement d'un médecin travaillant pour un hôpital catholique pour avoir tenu publiquement des propos non-conformes à la position de l'Eglise en matière d'avortement. En l'espèce, la différence de traitement n'était pas liée directement à une obligation religieuse positive - celle de s'abstenir de pratiquer l'avortement – qui n'était pas ici en cause. La différence de traitement était fondée et justifiée sur :

¹ Comm. Eur. DH, 6 sept. 1989, n° 12242/86, *Rommelfanger c./ RFA* : DR, n° 62, p. 151. Voir O. de SCHUTTER, *Les progrès de l'égalité de traitement dans l'Union européenne : la lutte contre les discriminations au service du marché*, Année sociale 2000, p. 123.

- l'obligation négative de ne pas nuire et plus précisément sur le devoir de loyauté envers l'Eglise librement accepté dans le contrat de travail, cette obligation de loyauté ayant pour effet de limiter la liberté d'expression de l'employé ;
- la considération suivant laquelle lorsque l'employeur est un « organisme établi sur la base de certaines convictions et jugements de valeurs qu'il considère comme indispensable à l'accomplissement de ses fonctions dans la société, il est en fait conforme aux exigences de la convention de donner toute sa portée aussi à la liberté d'expression de l'employeur. Un employeur de ce type ne pourrait efficacement exercer cette liberté sans imposer certains devoirs de loyauté à ses employés. »² Le Dr Rommelfanger avait ainsi manqué à son devoir de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation pour laquelle il travaillait, laquelle mérite également protection.

5. *L'affaire Vallauri Lombardi c. Italie*³ trouve son origine dans le refus opposé par l'Université Catholique de Milan, suite à l'opposition du Saint-Siège, de considérer la candidature du requérant au renouvellement de son poste d'enseignant en raison de ses prises de positions publiques anti-chrétiennes. Sans en être titulaire, le requérant occupait ce poste depuis vingt ans sur la base d'un contrat renouvelé d'année en année. Sa nomination était soumise à l'agrément du Saint-Siège conformément au Concordat.

La Cour a confirmé la décision *Rommelfanger* en jugeant que, d'une part, 1) cette ingérence était « inspirée par le but légitime de protéger un « droit d'autrui », qui se manifeste dans l'intérêt de l'Université d'inspirer son enseignement de la doctrine catholique » (§ 41), et que d'autre part, 2) il n'appartient pas aux autorités judiciaires de se livrer « elles-mêmes à un jugement sur la compatibilité entre les positions du requérant et la doctrine catholique » (principe d'autonomie).

La Cour s'est en outre expressément « ralliée » aux « considérations développées dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 195 du 14 décembre 1972 »⁴ notamment en ce que « La liberté des catholiques serait fortement compromise si l'Université Catholique ne pouvait pas résilier un contrat de travail avec un enseignant qui ne partagerait plus les finalités fondamentales qui la caractérisent. » ainsi à l'article 4 de la directive communautaire 78/2000/CE⁵ (§78).

6. *La directive 2000/78*⁶ a prévu un régime spécifique à deux motifs de discrimination : l'âge et la religion. Le régime spécifique concernant la religion est celui décrit à l'Article 4.2⁷. Bien que les

² CDEH, *Rommelfanger c/ RFA*, précit. p. 172.

³ CEDH, 20 oct. 2009, *Lombardi Vallauri c. Italie* (requête n° 39128/05).

⁴ Cour constitutionnelle n° 195 du 14 décembre 1972 : « La création d'universités libres, de type confessionnel ou bien appartenant à une idéologie donnée, n'est pas en contradiction avec l'article 33 de la Constitution. Il en découle que la liberté des professeurs d'enseigner (pleinement garantie dans les universités étatiques) est soumise, dans les universités privées, à des limitations nécessaires à la réalisation des finalités de celles-ci. En effet, la liberté d'une université serait violée si elle ne pouvait plus choisir ses professeurs sur la base d'une évaluation de leur personnalité ou bien si elle ne pouvait pas résilier un contrat lorsque les positions religieuses ou idéologiques d'un professeur contredisent celles prononcées par l'université même. Certes, ces pouvoirs entraînent indirectement la limitation de la liberté personnelle du professeur. Toutefois, elles n'en constituent pas une violation, car l'enseignant reste libre d'adhérer aux finalités particulières de l'université et de résilier le contrat d'emploi lorsqu'il ne partage plus celles-ci. Les mêmes motivations démontrent le défaut manifeste de fondement de la question soulevée sous l'angle de l'article 19 de la Constitution. En effet, l'existence d'universités libres, caractérisées par la finalité de diffuser une foi religieuse, constitue sans aucun doute un instrument de liberté. Si le système juridique obligeait l'université à nommer des enseignants professant une foi différente de celle à laquelle l'université adhère, cela entraînerait la violation de la liberté religieuse de cette dernière (...). La liberté des catholiques serait fortement compromise si l'Université Catholique ne pouvait pas résilier un contrat de travail avec un enseignant qui ne partagerait plus les finalités fondamentales qui la caractérisent. »

⁵ Directive 78/2000/CE (§78) du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. *Journal officiel*, n° L 303 du 02/12/2000 p. 0016 – 0022.

⁶ La Cour s'est référée à plusieurs reprises à cette directive, voir les affaires suivantes : CEDH *Affaire D.H. et autres c. République Tchèque*, 57325/00, 13/11/2007 ; *Affaire Sampanis et autres c. Grèce*, 32526/05, 05/06/2008 ; *Affaire Natchova et autres c. Bulgarie*, 43577/98 ; 43579/98 ; *Affaire Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, 15250/02, 13/12/2005 ; *Affaire Karner c. Autriche*. 40016/98, 24/07/2003.

⁷ Article 4 - Exigences professionnelles.

exigences religieuses dans l'exercice d'une activité professionnelle soient déjà incluses⁸ implicitement dans le régime générale de justification de différence de traitement relative à l'exigence professionnelle « essentielle et déterminante »⁹, les États membres de l'UE ont jugé utile de renforcer et d'élargir cette protection en matière religieuse. Pour ce faire, ils se sont probablement inspirés des principes dégagés par la Commission dans l'affaire *Rommelfanger c./ RFA*. Ainsi, le dernier alinéa de l'article 4 § 2 pose le principe d'une obligation générale « de bonne foi et de loyauté [des employés] envers l'éthique de l'organisation ».

Parce qu'elle vise non seulement l'organisation elle-même, mais aussi son « éthique », l'obligation générale « de bonne foi et de loyauté » va plus loin que ce qu'exigerait une relation de travail fondée exclusivement sur un lien contractuel « neutre ». Il y va de la bonne prise en compte de la double dimension - contractuelle et spirituelle – de la relation de travail existant au sein des églises et organisations publiques ou privées « dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions ». Parce que cette double dimension est difficile à appréhender par le droit, le caractère contractuel de la relation étant souvent dans les faits subordonné à sa dimension spirituelle, et comme absorbé par elle, c'est au regard des exigences de la liberté de religion et de conscience que la relation de travail doit être appréciée.

7. Par l'étendue de son champ d'application, l'Union européenne a cherché à appréhender avec justesse la diversité des organismes d'inspiration religieuse. Ainsi sont aussi protégées « toutes les structures qui n'ont pas forcément un but religieux mais qui sont fondées sur une éthique idéologique ou religieuse. »¹⁰ Cela autoriserait par exemple, comme l'a jugé notamment la Cour suprême américaine¹¹, le renvoi d'une association de scoutisme d'un membre revendiquant un comportement gravement contraire à la doctrine chrétienne.

8. La Cour européenne comme l'ancienne Commission ont déclaré à maintes reprises qu'un organe ecclésial ou une association à but philosophique ou religieux a la capacité de posséder et d'exercer le droit à la liberté de religion, car lorsqu'un tel organe introduit une requête, il le fait en réalité au nom de ses membres¹². L'ancienne Commission des Droits de l'Homme a en revanche adopté pendant un certain temps une position plus restrictive en estimant « qu'une société à responsabilité limitée, en tant que personne morale à but lucratif, ne peut ni bénéficier ni se prévaloir des droits mentionnés à l'article 9 par 1 »¹³. La Commission, dans l'affaire *Kustannus Oy Vapaa Ajatellija AB et autres c. Finlande*¹⁴ a renoncé à cette distinction selon la finalité lucrative, en admettant ne pas pouvoir « exclure que l'association requérante est capable en théorie de posséder et d'exercer les droits garantis par l'article 9 par 1 ». La position antérieure était en fait peu tenable : qu'en aurait-il été par exemple des monastères qui exercent très souvent une activité économique à l'intérieur même de leurs murs ?

9. Les motifs de dérogations prévus par la directive communautaire prennent également en compte la nature spécifiquement « communautaire » des mouvements religieux. En effet, elle reconnaît que l'exigence en cause peut résulter non seulement de « la nature des activités » (régime général « neutre »), mais aussi du « contexte dans lequel elles sont exercées » (régime spécifique « ecclésial »). Ainsi sont à la fois visés, respectivement tant les activités confessionnelles exercées au sein de structures non confessionnelles, que les activités non confessionnelles exercées au sein de structures confessionnelles. La prise en compte du « contexte » dans lequel sont exercées les activités permet de ne pas juger la double dimension des relations de travail internes aux mouvements religieux avec les critères applicables dans le contexte « civil ». En effet, dans le

⁸ É. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *JurisClasseur Libertés*, Fasc. 500, § 74.

⁹ Dir. 2000/43 et Dir. 2000/78, art. 4 § 1.

¹⁰ É. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *précit.*.

¹¹ Supreme Court of the United States, *Boys Scouts of America v/ Dale*, [2000], 530 US 640.

¹² Voir Com. eur. DH, n° 7805/77, déc. 5 mai 1979, DR 16 p. 68-76, n° 8118/77, déc. 19 mars 1981, DR 25 p. 105-135, n° 12587/86, déc. 14 juillet 1987, DR 53 p. 241-252.

¹³ La Com. eur. cite les décisions suivantes en référence : Com. eur. DH n° 7865/77, déc. 27 fév. 1979, X c/ Suisse, DR 16 p. 85 ; n° 11921/86, déc. 12 oct. 1988, DR 57 p. 81-96.

¹⁴ Com. eur. DH, 15 avril 1996 *Kustannus Oy Vapaa Ajatellija AB et autres c. Finlande*, n° 20471/92, DR 85.

contexte religieux, la nature opérationnelle d'une fonction est sans rapport nécessaire avec sa portée spirituelle.

La proportionnalité d'une mesure litigieuse s'apprécie « eu égard à l'éthique de l'organisation ». Comme le souligne le professeur Dubout, cette « rédaction, interprétée sagement, pourrait légitimer un très vaste éventail de différences de traitement »¹⁵. En fait comme en droit, compte-tenu du principe d'autonomie doctrinale des mouvements religieux suivant lequel il n'appartient qu'à l'organisation religieuse de définir son éthique, cette rédaction est susceptible de légitimer toute différence de traitement qui ne soit pas contraire aux « principes constitutionnels des États membres » ainsi qu'aux « principes généraux du droit communautaire ».

10. *La convention n°111 et recommandation n° 111* sur la « discrimination dans l'emploi et la profession » adoptées en 1958 par la Conférence internationale du Travail protègent l'ensemble des travailleurs et interdisent la discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale. La convention distingue trois catégories de mesures qui ne sont pas considérées comme discriminatoires, parmi lesquelles « celles qui sont fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé »¹⁶. Sur ce point, le Bureau international du Travail précise que « il se peut que les critères énumérés dans la convention [race, couleur, sexe, religion, opinion politique], constituent des qualifications exigées pour un emploi déterminé. » Le BIT ajoute ainsi : « A propos de la religion, les restrictions portant sur certains emplois liées à une religion déterminée peuvent être acceptables. »¹⁷

11. *Le Comité des Droits de l'Homme*, dans l'affaire *Malcolm Ross v. Canada*¹⁸ a jugé que le changement d'affection d'un professeur ayant tenu de propos antisémites était légitime et nécessaire, notamment pour « protéger "les droits ou la réputation" des personnes de religion juive, y compris leur droit à l'éducation ». Le Comité s'est dit d'avis que « l'influence qu'exercent les enseignants peut justifier l'imposition de restrictions [sur la liberté d'expression] afin de veiller à ce que le système scolaire n'accorde pas de légitimité à l'expression d'opinions qui sont discriminatoires. »¹⁹

12. *Les Lignes directrices visant l'examen des lois affectant la religion ou les convictions religieuses* adoptées par l'OSCE/ODIHR et la Commission de Venise²⁰ donnent également des indications utiles, notamment en ce qui concerne les règles relatives au recrutement et au licenciement des enseignants sur la base de leur religion ou de leurs convictions. Après avoir rappelé que les « affaires impliquant le recrutement et le licenciement d'enseignants et d'autres catégories de personnel dans les écoles (publiques et privées) en fonction de leur religion ou de leurs convictions peuvent s'avérer très compliquées et leur issue dépend des faits de l'espèce. », les Lignes directrices posent que « Les écoles religieuses, par exemple, peuvent exiger que leur personnel soit membre de la religion concernée et vouloir licencier les employés ayant quitté la religion ou menant une conduite que la direction estime contraire à l'éthique de l'établissement. »²¹

II. Le principe d'autonomie du for interne tant individuel que collectif

¹⁵ É. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *précit.*

¹⁶ Bureau international du Travail, *Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail*, Genève, 2004, p. 69-70.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ HRC, *Malcolm Ross c. Canada*, Communication n° 736/1997, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000).

¹⁹ Voir aussi Malcolm EVANS, *The freedom of religion or belief and the freedom of expression*, European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union – Study, 2009.

²⁰ *Lignes directrices visant l'examen des lois affectant la religion ou les convictions religieuses*, Commission de Venise/ OSCE-ODIHR Panel of Experts on Freedom of Religion or Belief, CDL-AD (2004) 028, Avis n°271 / 2004, Adoptées par la Commission de Venise 59^e session plénière, juin 2004.

²¹ *Lignes directrices...*, p. 10.

Le principe de l'autonomie du for interne individuel

13. Ce principe ne demande pas de précisions supplémentaires : il vise le principe de la liberté absolue de l'acte de foi. Cette autonomie n'est pas conférée, mais reconnue et protégée par le droit. S'il est vrai que la liberté de religion « relève d'abord du for intérieur », domaine « tout à fait différent du domaine du droit privé, ce dernier concernant l'organisation et le fonctionnement de la société tout entière »²², cette liberté n'est cependant pas dénuée d'effet dans le for externe, comme le reconnaît la Convention en garantissant 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 ».

Le principe de l'autonomie des organisations confessionnelles

14. *L'Autonomie dans la doctrine* : le juge européen insiste régulièrement sur le fait que « sauf dans des cas très exceptionnels, le droit à la liberté de religion exclut toute appréciation étatique sur la légitimité des croyances religieuses »²³. En effet, la liberté de manifester sa religion « exclut toute appréciation de la part de l'État sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci »²⁴. L'État est soumis à un devoir « de neutralité et d'impartialité incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la légitimité des croyances religieuses »²⁵²⁶. En revanche, la sauvegarde du droit garanti par l'article 9 pèse sur l'État et non sur les Églises qui « ne sont pas tenues d'assurer la liberté de religion de leurs prêtres et de leurs fidèles »²⁷. La Cour a souvent affirmé qu'« il n'est pas de démocratie sans pluralisme ». C'est pourquoi la liberté d'expression vaut, sous réserve du paragraphe 2, « non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent »²⁸. La liberté de pensée, de conscience et de religion, qui représente l'une des « assises d'une société démocratique », et en particulier de la liberté d'expression, doit également être envisagée avec cette même ouverture.

Si l'État doit s'interdire d'apprécier la légitimité des croyances religieuses, cela ne crée pas en son chef l'obligation de protéger tout acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction²⁹. Ainsi, le respect de la liberté de religion d'un enseignant n'exige pas l'obligation pour son établissement de ménager ses heures de travail en fonction de ses heures de prière³⁰. Il en est de même de l'obligation faite à un motocycliste de porter un casque, ce qui est, d'après lui, en conflit avec ses devoirs religieux³¹.

15. *L'Autonomie institutionnelle interne des groupements religieux* : la Cour a consacré le principe de l'autonomie des communautés religieuses à l'égard des autorités civiles. Ce principe préexiste à la Convention dans les traditions juridiques nationales européennes indépendamment du mode de relation « séparatiste » ou non choisi entre l'État et les Églises. L'absence de consensus européen dans le domaine des relations Églises-États, les distinctions et différences de statut juridique existant entre les communautés religieuses au sein d'un même État sont sans incidence substantielle sur le principe de l'autonomie des communautés religieuses. En d'autres termes, ce principe trouve sa source propre directement en la liberté de religion, et n'est donc pas conféré par l'État pas plus

²² CEDH, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres* [GC], n^{os} 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, CEDH 2003-I, § 128.

²³ CEDH, 26 sept. 1996, *Manoussakis et a. c/ Grèce*, § 47 : RTDH 1997, p. 536, note G. Gonzalez.

²⁴ CEDH, *Manoussakis*, § 47, ouverture de maisons de prière dépendant d'un avis du métropolitain de l'Église chrétienne orthodoxe.

²⁵ voir, *mutatis mutandis*, CEDH, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n^o 27417/95, § 84, CEDH 2000-VII.

²⁶ CEDH, *Refah Partisi* § 91.

²⁷ Comm. Eur. DH, déc. 8 mars 1976, *X. c/ Danemark* : DR 5, p. 157. – Comm. EDH, déc. 11 avr. 1996, *Finska Församlingen I Stockholm et Hautaniemi c/ Suède* : DR 85-B, p. 94.

²⁸ Voir notamment les arrêts *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, série A n^o 24, p. 23, § 49, et *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994, série A n^o 298, p. 26, § 37.

²⁹ CEDH, *Kalaç c. Turquie* du 1^{er} juillet 1997, Recueil 1997-IV, p. 1209, § 27.

³⁰ Com. Eur. DH, 12 mars 1981, *X c. Royaume-Uni*, n^o 8160/78, (DR) 22, p. 27.

³¹ Com. Eur. DH, 12 juillet 1978, *X c. Royaume-Uni*, n^o 7992/77, (DR) 14, p. 234.

qu'il ne résulte donc - comme corollaire ou conséquence - du principe de laïcité.³² De même, inversement, le respect de cette autonomie institutionnelle est sans incidence sur le caractère éventuellement laïc ou confessionnel de l'État. Un État peut être confessionnel et respecter l'autonomie institutionnelle de toutes les organisations présentes sur son territoire. L'existence d'un accord institutionnel entre l'État et une ou plusieurs églises, comme en témoigne la loi fondamentale allemande³³, n'est pas davantage contraire au principe d'autonomie ; il en est souvent une mise en œuvre. En revanche, sans respect du principe d'autonomie, la séparation entre le religieux et le politique s'avère impossible, le politique primant alors sur le religieux.

La Grande Chambre de la Cour, dans un arrêt d'octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie*. a rappelé et consacré l'autonomie des communautés religieuses :

« 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. »³⁴

16. La Cour fonde la protection de cette autonomie par la prise en considération de la dimension spirituelle des institutions religieuses *per se*, les institutions religieuses ayant souvent en elles-mêmes une signification et un rôle dans la foi et l'exercice du culte³⁵. Ainsi, par exemple, l'Église catholique est elle-même une réalité spirituelle dont la valeur dépasse celle de l'addition de ses membres. L'existence de l'institution ecclésiale catholique conditionne l'existence de la religion catholique. En raison du caractère unitaire, « corporel », de l'Église, l'atteinte portée à ses structures institutionnelles touche l'ensemble de ses membres.

17. L'État doit ainsi non seulement demeurer « neutre et impartial »³⁶ comme en matière d'enregistrement d'associations culturelles³⁷, d'ouverture des lieux de culte³⁸ ou d'exercice public du culte³⁹, mais l'État doit aussi et avant tout rester « extérieur » au fonctionnement interne des religions en s'abstenant de toute ingérence arbitraire. Si dans un cas, l'impartialité vise non « pas à supprimer la cause des tensions en éliminant le pluralisme, mais à veiller à ce que les groupes concurrents se tolèrent les uns les autres »⁴⁰ contribuant ainsi « à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique », le respect du principe d'autonomie vise d'abord au respect de la liberté religieuse de la communauté et de ses membres, et contribue seulement par conséquent à assurer la paix religieuse.

18. La question de la portée du principe d'autonomie en *matière procédurale ou disciplinaire* se pose parfois, comme dans l'affaire *Andreas Baudler c/ l'Allemagne*. Sans porter de jugement sur les faits en cause, il peut être souligné une certaine convergence entre les solutions retenues par la

³² Voir par exemple CEDH, 8 novembre 2007, *Perry c./ Lettonie*, n° 30273/03.

³³ La Loi fondamentale allemande dispose en son article 140 que les « articles ecclésiastiques » (*Kirchenartikel*) de la Constitution de Weimar du 11 août 1919 font partie intégrante de la Loi fondamentale. Article 137 : « 1. Il n'existe pas d'Église d'État. // 2. La liberté de former des sociétés religieuses est garantie (...) // 3. 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'État ni des collectivités communales civiles. »

³⁴ CEDH, 26 oct. 2000, *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie* [GC], n° 30985/96, § 84, CEDH 2000-XI. § 62.

³⁵ *Idem*. « 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. »

³⁶ CEDH, 16 déc. 2004, *Haut Conseil spirituel de la communauté musulmane c/ Bulgarie*, § 93.

³⁷ CEDH, *Métropole de Bessarabie, précit.*; CEDH, 5 oct. 2006, *Branche de Moscou de l'Armée du salut c/ Russie*. – CEDH, 5 avr. 2007, *Église de scientologie de Moscou c/ Russie*, RTDH 2007, p. 1137, note G. Gonzalez.

³⁸ CEDH, *Manoussakis*, § 44 et 45.

³⁹ CEDH, 26 juill. 2007, *Barankevitch c/ Russie*, § 31.

⁴⁰ CEDH, *Serif*, § 53. – CEDH, *Métropole de Bessarabie et a.*, § 116. – CEDH, 17 oct. 2002, *Agga c/ Grèce* (n° 2), § 59. – CEDH, 22 janv. 2009, *Saint Synode de l'Église orthodoxe bulgare (métropolite Innocent) c/ Bulgarie*, § 159.

Cour fédérale de justice allemande et la Cour européenne dans l'affaire *Lombardi*. En effet, selon la présentation qui en est faite par le Greffe, la Cour fédérale aurait considéré que « le droit d'autonomie des églises ne portait pas limitation au devoir de l'État de garantir un contrôle judiciaire contre une mesure ecclésiastique, mais n'influe que sur l'étendue de ce contrôle. Cette jurisprudence avait pour conséquence que les juridictions étatiques ne pouvaient pas examiner la légalité d'une mesure relevant de l'autonomie des Eglises, mais seulement sa validité, c'est-à-dire la question de savoir si la mesure contestée était contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique tels que l'interdiction générale de l'arbitraire ou les notions de bonnes mœurs et d'ordre public. »

19. Dans l'affaire *Lombardi c./ Italie*, était en cause les conditions de recours contre la transposition d'une décision souveraine du Saint-Siège dans l'ordre juridique italien sur le fondement du Concordat. Si la Cour a jugé l'ingérence légitime, elle a en revanche estimé qu'en prenant simplement acte de la décision du Saint-Siège, le Conseil de la Faculté a insuffisamment motivé sa décision. Les juridictions nationales auraient du vérifier la conformité de la décision de transposition, non pas au regard de la doctrine religieuse, mais au regard des exigences procédurales fondamentales. Demeure ainsi la distinction entre validité formelle et légalité développée dans l'affaire *Baudler*. L'on peut cependant encore s'interroger sur la conciliation entre le contrôle de validité et le respect du for interne au regard de l'obligation de motivation explicite des décisions.

III/ L'obligation de loyauté

20. L'obligation de loyauté synthétise la double nature spirituelle et contractuelle de la relation de travail. Cette obligation de loyauté lie entre elles les obligations de nature contractuelles et spirituelles. Cette obligation de « loyauté religieuse » a déjà été largement reconnue par la Cour, tant dans le cadre de la fonction publique que lorsque l'employeur est une organisation dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions.

21. Dans le cadre de la fonction publique, l'obligation de « loyauté religieuse » s'exprime généralement de manière *négative*, par une obligation de réserve à l'égard des administrés et de l'Administration. L'État peut soumettre ses agents publics à une obligation comportementale, à l'intérieur comme à l'extérieur de la sphère administrative⁴¹. Cette obligation de loyalisme a été reconnue par la jurisprudence de la Cour dès 1986 par les arrêts *Glasenapp* et *Kosiek*⁴² et confirmée par l'arrêt *Vogt*⁴³. Dans l'affaire *Kalac c/ Turquie*, la Cour a estimé comme compatible avec l'article 9 de la Convention la mise à la retraite d'office d'un magistrat militaire pour opinions intégristes illégales⁴⁴. De même en a-t-il été concernant la révocation d'un juge en raison des propos de nature religieuse tenus dans l'exercice de ses fonctions⁴⁵.

22. Lorsque l'employeur est une organisation dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, à la dimension *négative* de l'obligation de loyauté (obligation d'abstention) s'ajoute une dimension *positive* plus difficile à cerner. En effet, si l'obligation négative est sans effet sur le for interne du salarié, cela est moins certain pour sa dimension positive.

23. Le salarié d'un établissement religieux peut-il être licencié pour avoir perdu la foi, c'est-à-dire pour avoir quitté l'église ou le groupe religieux au sein duquel et pour lequel il travaille ? Si la perte de la foi relève du for interne, l'expression, la manifestation de ce changement dans le for interne (telle que l'arrêt de la pratique publique ou la conversion à une autre religion) relève en revanche du for externe et n'est pas sans effets sur les droits des tiers. Ainsi, si l'obligation de loyauté ne peut aller jusqu'à justifier une obligation de pratiquer la religion, la manifestation extérieure d'un

⁴¹ Pascal MONTFORT, « La Convention européenne des Droits de l'Homme, le fait religieux et la fonction publique » *JCP Administrations et Collectivités territoriales* n° 12, 21 Mars 2005, 1144.

⁴² CEDH, 28 août 1986, *Glasenapp c/ RFA.*, - CEDH, 28 août 1986, *Kosiek c/ RFA.*

⁴³ CEDH, 26 sept. 1995, n° 17851/91, *Vogt c/ RFA*, Juris-Data n° 1995-604197, série A n° 323.

⁴⁴ CEDH, 1 juill. 1997, n° 20704/92, *Kalac c/ Turquie* : Rec. CEDH, 1997, IV.

⁴⁵ CEDH, 8 févr. 2001, n° 47936/99, *Pitkevitch c/ Russie*.

changement dans le for interne peut en revanche être interprétée comme un manquement à l'obligation de loyauté. Tel est l'avis notamment de l'OSCE/ODIHR et de la Commission de Venise.

Face au principe d'autonomie du for interne tant individuel qu'institutionnel, la justification des ingérences de l'État s'avère délicate.

IV. La justification des ingérences

24. L'appréciation, par l'autorité publique, de l'obligation de loyauté et de bonne foi pesant sur l'employé nécessite inévitablement de porter une forme de jugement même minimal non seulement sur le contenu de la décision en cause au regard de la doctrine, mais aussi, parfois, sur la doctrine elle-même au regard d'exigences publiques. Au-delà du nécessaire respect de la liberté de l'acte de foi, la détermination de ces exigences publiques est délicate car elle peut introduire une confrontation entre la religion et la culture, et en particulier avec les mœurs.

25. Différentes formulations ont été choisies pour désigner ces exigences publiques.

- La directive 2000/78 pose que les différences de traitement sont admissibles à condition de ne pas être contraires aux « principes constitutionnels des États membres » ainsi qu'aux « principes généraux du droit communautaire ».⁴⁶

- Les Lignes directrices de l'OSCE/ODIHR ne donnent pas d'indications utiles sur ce point.

- La Cour fédérale de justice allemande fait référence « aux principes fondamentaux de l'ordre juridique tels que l'interdiction générale de l'arbitraire ou les notions de bonnes mœurs et d'ordre public. »⁴⁷

- La Cour européenne a été confrontée à cette question notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier la légitimité d'obligations découlant de la charia.

26. A plusieurs reprises, dans des affaires relatives à l'éloignement forcé des étrangers, la Cour a eu l'occasion de juger que des pratiques imposées – abusivement ou non – au nom de la religion musulmane, telles que l'excision, étaient incompatibles avec l'article 3. Très récemment, le 19 janvier 2010, la Cour, dans l'affaire *Z.N.S. c. Turquie* (n° 21896/08), a rendu public un arrêt remarquable reconnaissant le danger grave et réel de mauvais traitements qu'encourent les « apostats » en Iran. Ce danger de mauvais traitements, et en particulier de mise à mort, est prescrit par la charia. Plus simplement, une école privée musulmane peut-elle légitimement licencier un professeur qui refuserait de porter le voile ou qui militerait en faveur de l'égalité des sexes ? Plus encore, peut-on légitimement exiger, dans une relation privée, la non-adhésion aux valeurs sous-jacentes à la Convention ? Peut-on légitimement sanctionner une personne en raison de sa prise de position publique en faveur des valeurs sous-jacentes à la Convention ?

27. Sur ce point, dans l'arrêt *Gündüz c. Turquie*⁴⁸ la Cour a jugé contraire à la liberté d'expression le fait qu'un dirigeant religieux musulman ait été condamné pour avoir violemment critiqué le régime laïc en Turquie, alors même que ce régime laïc est conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention. Cet imam avait appelé à l'instauration de la Charia. La Cour a jugé ce discours protégé au titre de la liberté d'expression. Pourtant, la Cour affirme par ailleurs dans une jurisprudence constante qu'« il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de

⁴⁶ La récente opinion raisonnée adressée par la Commission européenne au Royaume-Uni relative à la transposition des articles 2 (4), 4 et 9 n'a pas apporté d'éclaircissement sur ce point, au contraire, son argumentation est elliptique. Paradoxalement, la Commission appréhende la législation britannique sur les discriminations au sein des religions organisées sous l'angle exclusif de l'article 4 (1) et ne retient de l'article 4 (2) que sa dernière phrase. Commission européenne, Reasoned Opinion to the United Kingdom under article 226, Infringement 2006/2450 SG Greffe(2009)D/ Document non public.

⁴⁷ Voir *supra*, *Andreas BAUDLER c./ l'Allemagne*.

⁴⁸ CEDH, *Gündüz c. Turquie*, n° 35071/97, CEDH 2003-XI.

l'homme et de soutenir un régime fondé sur la charia »⁴⁹. Il y aurait ainsi une « incompatibilité majeure » entre « les valeurs de la convention et la charia »⁵⁰.

Dans l'affaire *Refah Partisi*, la Cour énonce partager « 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 »⁵¹.

28. Dans les affaires du « voile », dans l'arrêt *Leyla Şahin c/ Turquie*⁵² comme dans l'arrêt *Dahlab c/ Suisse*⁵³, la Cour a eu l'occasion de préciser le contenu de ces « principes fondamentaux de la démocratie ». Elle a justifié l'interdiction du port du foulard islamique au regard notamment du principe d'égalité entre les hommes et les femmes : le port du voile résulterait d'une prescription « difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes »⁵⁴. Cela est vrai sans aucun doute. Cependant, une autorité publique peut-elle formuler une telle appréciation sans « interpréter », au risque de se tromper, le contenu de la doctrine religieuse ?⁵⁵ Cette interprétation s'effectue-t-elle par rapport au droit, ou à la culture occidentale contemporaine ? Dans l'arrêt *Leyla Şahin c/ Turquie*, la Cour a mis en exergue « la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique » caractérisée par le pluralisme, la tolérance et esprit d'ouverture, comme finalité justifiant des concessions diverses de la part des individus. L'interdiction du foulard a été considérée comme justifiée au regard de la nécessité de sauvegarder la laïcité, elle-même nécessaire au respect des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique.

29. Outre la nécessité préserver l'ordre public, la référence aux idéaux et valeurs d'une société démocratique pourrait aussi vraisemblablement être invoquée pour sanctionner une différence de traitement en matière d'emploi de nature religieuse. Or, ces idéaux et valeurs sont évolutifs, contrairement aux « règles divines édictés par la religion [qui] présente(nt) un caractère stable et invariable. »⁵⁶ Il semble difficile de contenir la distorsion entre les valeurs dites démocratiques et religieuses, tout en ayant la capacité de justifier en droit certaines atteintes au principe d'autonomie des religions. Cependant, le recours aux « valeurs sous-jacentes à la convention », en tant que « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence

⁴⁹ CEDH, *Refah Partisi et a.*, § 123. – CEDH, 4 déc. 2003, *Giünduz c/ Turquie*, § 51. – CEDH, déc. 20 sept. 2005, n° 54479/00 *Güzel c/ Turquie*. – CEDH, déc. 11 déc. 2006, n° 13828/04, *Kalifatstaat c/ Allemagne*, interdiction d'une association favorable au rétablissement du califat et à l'instauration d'un État mondial fondé sur la Charia,

⁵⁰ Michel LEVINET, *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 6522 : Convention Européenne des Droits de l'Homme, § 76.

⁵¹ CEDH, *Refah Partisi et a.*, § 123. *précit.*: « 72. A l'instar de la Cour constitutionnelle, la Cour reconnaît que la charia, reflétant fidèlement les dogmes et les règles divines édictés par la religion, présente un caractère stable et invariable. Lui sont étrangers des principes tels que le pluralisme dans la participation politique ou l'évolution incessante des libertés publiques. La Cour relève que, lues conjointement, les déclarations en question qui contiennent des références explicites à l'instauration de la charia sont difficilement compatibles avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention, comprise comme un tout. Il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et de soutenir un régime fondé sur la charia, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention, notamment eu égard à ses règles de droit pénal et de procédure pénale, à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique et à son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes religieuses. (...) Selon la Cour, un parti politique dont l'action semble viser l'instauration de la charia dans un Etat partie à la Convention peut difficilement passer pour une association conforme à l'idéal démocratique sous-jacent à l'ensemble de la Convention. »

⁵² CEDH, 29 juin 2004, n° 44774/98, *Leyla Şahin c/ Turquie* : JCP G 2004, I, 161, chron. F. Sudre ; AJDA 2004, p. 1816, par J.-F. Flauss ; JCP G 2005, II, 10016, note B. Bonnet ; JDI 2005, n° 2, p. 529, note E. D. ; Dr. adm. 2004, comm. 146, note M. Lombard ; D. 2005, p. 204, note G. Yildirim ; JCP A 2004, 1831, note C. Gauthier ; RD publ. 2005, p. 789, obs. G. Gonzalez. – A. Debet, Signes religieux et jurisprudence européenne : APD 2005, t. 48, p. 221. – E. Bribosia et I. Rorive, Le voile à l'école : une Europe divisée : RTDH 2004, p. 951.

⁵³ CEDH, 15 févr. 2001, *Dahlab c/ Suisse* : RUDH 2001, p. 76 ; AJDA 2001, p. 480 ; RFD adm. 2003, p. 536 ; RUDH 2001, p. 76 ; AJDA 2001, p. 480.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ Sandrine PLANA, « Les préventions de la Cour européenne à l'encontre de certaines prescriptions religieuses » *Revue Droit de la famille* n° 4, Avril 2006, étude 19. Selon Mme Plana, le foulard devrait être compris comme la « marque d'une soumission de la femme à Dieu et non à l'homme ».

⁵⁶ CEDH, *Refah Partisi et a.*, § 123. *précit.*

du droit » auquel se réfère le préambule⁵⁷ pourrait être développé à cette fin. En effet, une forme d'ordre public en matière religieuse pourrait ainsi être fondé et délimité par les « valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples [de l'Europe] et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable » auxquelles les Gouvernements⁵⁸ signataires du Statut du Conseil de l'Europe, en 1949, se sont déclarés inébranlablement attachés.⁵⁹ Le texte du préambule du Traité de Lisbonne fait également référence, de façon plus large et inclusive, aux « héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit ».

30. Un « patrimoine » de « valeurs spirituelles et morales » ne peut pas se définir comme exclusivement prospectif, évolutif ; il se fonde nécessairement sur un « héritage » de valeurs. Ces valeurs demeurent visées globalement comme le fondement et la racine des valeurs démocratiques contemporaines. Le Statut du Conseil de l'Europe et le Traité de Lisbonne ont affirmé la continuité entre les valeurs spirituelles et morales proprement européennes et l'idéal démocratique contemporain. Elles contiennent en elle-même une dynamique susceptible de soutenir l'affirmation incessante des libertés publiques, tout en permettant de les ancrer et de mieux les définir. Il en résulte qu'une pratique ou doctrine religieuse ou philosophique faisant partie du patrimoine de valeurs spirituelles et morales européennes ne peut pas être considéré comme contraire au pluralisme, ou aux valeurs sous-jacentes à la convention.

Ainsi, dans l'affaire *OBST c./ Allemagne*, la Cour fédérale allemande du travail a apprécié la légitimité de l'obligation de fidélité conjugale non seulement au regard des « principes fondamentaux de l'ordre juridique », mais aussi au regard de la tradition doctrinale des églises constituées et dans les religions.

31. En matière religieuse, la référence aux « valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun » des peuples de l'Europe, parce qu'elle est fondée dans la réalité de l'histoire et de la culture européenne, pourrait utilement éclairer et renforcer la référence aux valeurs modernes occidentales dont l'universalisme abstrait est souvent dénoncé. La référence à ce « patrimoine » éviterait d'opposer ou de donner l'impression d'opposer une philosophie plus ou moins antireligieuse à une religion plus ou moins antiphilosophique.

Observations soumises à Strasbourg, le 20 janvier 2010,

Dr Grégor PUPPINCK
Directeur général

⁵⁷ CEDH, *Soering c/ Royaume-Uni*, 7 juill. 1989, n° 14038/88 : GA CEDH, p. 163, § 88.

⁵⁸ Gouvernements du Royaume de Belgique, du Royaume de Danemark, de la République française, de la République irlandaise, de la République italienne, du Grand-Duché de Luxembourg, du Royaume des Pays-Bas, du Royaume de Norvège, du Royaume de Suède et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

⁵⁹ Statut du Conseil de l'Europe, Londres, 5.V.1949, préambule, § 2.