



**HAL**  
open science

## Santé, religion et laïcité en droit européen

Estelle Brosset

► **To cite this version:**

Estelle Brosset. Santé, religion et laïcité en droit européen. Leca (A.). Santé, religion et laïcité, Les études hospitalières, pp. 11-41, 2011. hal-00871986

**HAL Id: hal-00871986**

**<https://hal.science/hal-00871986v1>**

Submitted on 11 Oct 2013

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Santé, religion et laïcité en droit européen

**Estelle BROSSET**

Maître de conférences HDR en droit public  
Faculté de Droit, Université Paul Cézanne

La santé, la religion et la laïcité forment-ils, en droit européen, trois panneaux complémentaires à la manière d'un tryptique ? La question est pour le moins nouvelle. Il faut dire que le droit européen est souvent marginalisé dès lors que l'on aborde la question religieuse, comme si Dieu était bien loin de Bruxelles et de Strasbourg<sup>1</sup>. L'histoire européenne est pourtant pétrie de religions<sup>2</sup> et le mouvement de sécularisation auquel on assiste ces dernières années dans tous les pays d'Europe<sup>3</sup> se conjugue avec le maintien de croyances sans appartenance<sup>4</sup>, la sédentarisation sur leur sol de populations immigrées confessant des religions jusqu'alors non représentées, un activisme croissant de certains groupes religieux<sup>5</sup> et donc une polarisation accrue sur les questions de religion. Toutefois, longtemps, le droit européen s'est construit en ignorant, ou certains diront en transcendant, le fait religieux<sup>6</sup>. Ce voile d'ignorance jeté sur le fait religieux était manifeste à la lecture des préambules des traités fondateurs<sup>7</sup>. Les premiers traités communautaires puis celui sur l'Union européenne ne comportaient en effet aucune référence au socle religieux de l'histoire européenne. L'avis général était que rien n'indiquait que ce soit au nom de valeurs religieuses communes que les peuples d'Europe s'étaient engagés dans cette Union sans cesse plus étroite. On se souvient que plusieurs parlementaires étaient intervenus, dans le courant de l'été 2000 afin de demander que référence soit faite à l'héritage religieux dans le préambule de la Charte des droits fondamentaux. Il n'a pas fallu longtemps pour que d'autres responsables politiques, en particulier

<sup>1</sup> FORET (F.) ET ITÇAINA (X.), Dieu loin de Bruxelles, L'europanisation informelle du religieux, *Politique européenne* 2008/1 (n° 24). 174 pages. Lien : <http://www.cairn.info/revue-politique-europeenne-2008-1.htm>

<sup>2</sup> Aujourd'hui encore, on peut continuer à décrire l'Europe en trois univers religieux, auxquels il faut ajouter des types mixtes. On distingue ainsi :

(1) : l'Europe catholique : Autriche, Belgique, Espagne, France, Italie, Irlande, Portugal

(2) : l'Europe protestante : Danemark, Finlande et Suède

(3) : l'Europe des pays mixtes où cohabitent catholiques et protestants : Allemagne, Grande Bretagne, Pays Bas

(4) : Enfin, un seul pays rattaché à l'Europe est orthodoxe : la Grèce

Quand on tient compte des pays récemment entrés dans l'Union européenne, le cercle des pays catholiques est rejoint par Malte, la Pologne, la Croatie, la Slovaquie, la Lituanie et la Slovénie ; les pays mixtes regroupent la Lettonie (catholiques protestants et orthodoxes), la Hongrie et la République tchèque (catholiques et protestants), l'Estonie (protestants et orthodoxes) et la Roumanie, Bulgarie et Chypre.

<sup>3</sup> Au cours des vingt dernières années la pratique religieuse a sensiblement reculé en Europe : moins d'un Européen sur cinq fréquente un service religieux au moins une fois par semaine alors qu'il y a 20 ans le chiffre était plus du double.

<sup>4</sup> C'est-à-dire une propension croissante à rechercher une expérience religieuse plus personnelle, presque exclusivement privée, plutôt qu'à fréquenter les lieux de culte. Selon M. Gauchet, la sortie de la religion « ne signifie pas sortie de la croyance religieuse, mais sortie d'un monde où la religion est structurante, où elle commande la forme politique des sociétés » (GAUCHET (M.), *La religion dans la démocratie, parcours de la laïcité*, Gallimard, 2000, p. 11).

<sup>5</sup> L'activisme est favorisée par deux éléments : d'une part la mouvement lui-même de sécularisation puisqu'à mesure que la société conteste que les communautés religieuses bénéficient de privilèges juridiques ou de financements publics, ces dernières se sentent de plus en plus assaillies ou marginalisées et tentent de se défendre. D'autre part, le phénomène de mondialisation et la médiatisation croissante confèrent à des groupes auparavant marginaux une visibilité parfois disproportionnée par rapport au nombre de leurs adeptes et à leur importance. Voir HERVIEU-LEGER (N.), « Les tendances du religieux en Europe », Commissariat général du Plan, Institut universitaire de Florence, *Croyances religieuses, morales et éthiques dans le processus de construction européenne*, La documentation française, 2002, p. 11.

<sup>6</sup> MEHDI (R.), L'Union européenne et le fait religieux, *Revue française de droit constitutionnel* 2/2003 (n° 54), p. 227-248. D.

<sup>7</sup> D'ONORIO (J-B.), Religions et Constitutions en Europe, à propos d'un préambule contesté, *RDP*, 2006, n° 3, p. 715 et s.

en France, marquent unanimement leur opposition à ce qui apparaissait à leurs yeux comme une entorse inacceptable au principe de laïcité et finalement la Charte s'est contenté de rappeler, en vertu d'une formule apparemment plus neutre, que l'Union est « *consciente de son patrimoine spirituel et moral* ». Souvenons nous également que le statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949 se contente de souligner l'inébranlable attachement « *aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun* » des peuples des Etats parties. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales affirme de son côté l'attachement profond aux libertés fondamentales et au régime démocratique sans aucune référence à la religion. D'ailleurs, la Cour EDH a déjà eu l'occasion d'affirmer solennellement l'inconventionnalité radicale d'une distinction entre individus organisée par un Etat et fondée sur la religion, distinction qui « *catégoriserait* » les particuliers selon leurs croyances religieuses « *et leur reconnaîtrait des droits et libertés non pas en tant qu'individus, mais en fonction de leur appartenance à un mouvement religieux* »<sup>8</sup>.

Cette marginalisation doit cependant être rapidement dépassée. Plusieurs éléments attestent en effet que Dieu est bien à Bruxelles et à Strasbourg et que, par-delà les préambules, les relations entre le droit européen et la religion sont tout au contraire plutôt denses<sup>9</sup>. D'abord, les Eglises et les organisations internationales que sont les Communautés, l'Union et le Conseil de l'Europe entretiennent depuis longtemps un dialogue institutionnel tout à la fois officieux et officiel. La Commission européenne s'est ainsi efforcée, depuis le début des années 1980, particulièrement sous l'impulsion de son Président de l'époque, Jacques Delors, de nouer un dialogue régulier avec la société civile, institutions religieuses<sup>10</sup> et mouvements humanistes compris à tel point d'ailleurs que, en sens inverse, certains s'inquiètent périodiquement de cette influence<sup>11</sup>. Une reconnaissance par le traité de la place des institutions religieuses dans l'espace public européen est d'ailleurs clairement à l'œuvre. En vertu du nouvel article 17-3 TFUE, les Eglises et organisations religieuses sont désormais considérées comme partenaires d'un « *dialogue ouvert, transparent et régulier avec l'Union* ». Pour la première fois, dans les traités, les Eglises sont donc évoquées explicitement et se voient reconnaître un rôle démocratique dans l'Union. Ajoutons, qu'à la suite d'un débat mouvementé, une référence aux « *héritages religieux* »<sup>12</sup> est même désormais inscrite dans les valeurs fondatrices de l'Union ce qui constitue un changement de perspective, même si les conséquences concrètes ne sont pas très tangibles. La situation est assez similaire au Conseil de l'Europe puisque, depuis plusieurs années, les responsables religieux se sont adressés à ses organes, notamment à l'Assemblée parlementaire et l'Assemblée a accepté en contrepartie de participer aux grandes conférences organisées par les Communautés religieuses. En outre, des dizaines d'organisations religieuses et humanistes sont représentées par le biais du statut participatif des organisations non gouvernementales, le St Siège ayant même le statut d'observateur au Comité des

<sup>8</sup> CEDH, 13 février 2003, *Refah Partisi et a.*, Req. 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 119.

<sup>9</sup> Pour une étude d'ensemble, tout au moins en droit européen, voir GONZALEZ (G.) (Dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Droit et justice n° 67, 2006, 268 p.

<sup>10</sup> Comme la Commission des épiscopats des Communautés Européennes (COMECE) ou encore la Commission église et société (CES) de la Conférence des Eglises européennes (CEC).

<sup>11</sup> L'influence des mouvements religieux sur l'Union européenne inquiète certains défenseurs de la laïcité. Il est vrai que, parmi les groupes de pressions, on trouve des organismes sectaires, dont notamment l'église de scientologie : Voir CONRADT (M.), *Le cheval de droit. Sectes et lobbies religieux à l'assaut de l'Europe*, Editions du grand Orient de Belgique, 2008.

<sup>12</sup> La préambule du TUE énonce désormais que l'Union s'inspire « *des 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* ».

Ministres depuis le 10 novembre 1970. Des initiatives récentes témoignent d'ailleurs d'une volonté d'institutionnaliser de tels rapports<sup>13</sup>. Au-delà, dans le droit européen puis de l'Union européenne, a été de longue date reconnu le fait religieux sous l'angle de la liberté de conscience et de religion. Tel est le choix opéré par les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'article 9<sup>14</sup>. Dans l'Union européenne, la liberté religieuse, initialement reconnue de manière indirecte comme faisant partie des droits fondamentaux consacrés par le droit communautaire<sup>15</sup>, apparaît désormais à l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux<sup>16</sup>. Naturellement, parmi d'autres juges<sup>17</sup>, le juge européen s'est imposé comme le garant de cette liberté, le Président de la Cour européenne des droits de l'homme constatant même la chose suivante : « *Depuis quelques années, et, ça me frappe beaucoup, nous avons de plus en plus d'affaires concernant la religion ou les religions. Et ça, c'est un phénomène nouveau. (...). Ça me paraît traduire un phénomène plus général, dans les sociétés européennes, la religion a pris une importance plus grande qu'auparavant (...) la religion devient d'autant plus politique qu'elle est moins pratiquée* »<sup>18</sup>.

On doit même admettre que Dieu ne sort pas en quelque sorte « inchangé » de son passage à Bruxelles et Strasbourg... A priori pourtant, l'influence devait être faible si l'on se souvient que le principe de non immixtion<sup>19</sup> dans le droit national en matière d'organisation des cultes est affirmé dans les deux enceintes. Dans le TFUE, l'article 17 énonce en effet que « *l'Union respecte et ne préjuge pas du statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres* ». Et il suffit de se souvenir des jurisprudences sur l'interdiction du travail dominical<sup>20</sup> ou encore le statut fiscal de l'Église de scientologie<sup>21</sup> pour en

<sup>13</sup> Par exemple, au travers de la création des « rencontres annuelles sur la dimension religieuse du dialogue interculturel » Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc. 11298, 8 juin 2007, *Etat, religion, laïcité et droits de l'homme*. Rapport : Commission de la culture, de la science et de l'éducation. Rapporteur : M. Lluís Maria de PUIG, Espagne, Groupe socialiste

<sup>14</sup> Les dispositions pertinentes sont ainsi rédigées : « *1. Toute personne a droit à la liberté (...) de religion ; ce droit implique la liberté (...) de manifester sa religion (...) individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* ». L'Etat peut toutefois lui apporter des limites à la triple condition que cette ingérence soit prévue par la loi, qu'elle corresponde à un but légitime et qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique. Pour une étude d'ensemble voir LEVINET (M.), CEDH– Droits garantis . – Libertés de la pensée, Jurisclasseurs Europe, Fasc. 6522, 1999.

<sup>15</sup> CJCE, 27 oct. 1976, *Prais c/ Conseil*, aff. 130/75, Rec. p. 1589 : La Cour a considéré que les services de la Commission, lorsqu'ils fixent la date des épreuves pour un concours de recrutement doivent prendre en compte les informations qui leur ont été communiquées par les candidats quant aux empêchements religieux qui s'opposent à leur participation aux épreuves à certaines dates déterminées et s'efforcer dans la mesure du possible d'en tenir compte. Par contre, à défaut d'une telle information, la Commission ne commet pas d'irrégularité en fixant une épreuve à une date qui correspond à une fête religieuse.

<sup>16</sup> : « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* ». Pour une étude d'ensemble : DUFFAR (J.), Article II Liberté de pensée de conscience et de religion in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, "La Charte des droits fondamentaux de l'Union", Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 166.

<sup>17</sup> FORTIER (V.), Le juge, gardien du pluralisme confessionnel, *RRJ*, 2006-3, pp. 1-28.

<sup>18</sup> Extrait de la conférence de presse du Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Jean-Paul Costa (juge au titre de la France et président) qui a eu lieu le 28 janvier 2010.

<sup>19</sup> MEHDI (R.), « L'Union européenne et le fait religieux », *op. cit.*, p. 27.

<sup>20</sup> CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-84/94. Rec. I. page 5755 : la Cour considère que le fait pour une directive de fixer au dimanche (même avec une possibilité de dérogation) le repos hebdomadaire que garantit cette directive excède les compétences de la Communauté

<sup>21</sup> CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, 41/74, p. 1337; CJCE, 14 mars 2000, aff. C- 54/99 *Association Église de scientologie de Paris c/Premier Ministre*, p. I-1335.

être convaincu. La Cour EDH souligne quant à elle que, lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'État et les religions sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il faut nécessairement concéder aux parties à la Convention une marge d'appréciation s'agissant « *des délicats rapports entre l'État et les religions* »<sup>22</sup> et accorde, de ce point de vue, « *une importance particulière au rôle de décideur national* »<sup>23</sup>. Toutefois, l'influence a été plus forte que prévue et s'est faite sentir à la fois sur le terrain de la liberté religieuse mais également sur celui de la laïcité<sup>24</sup>. Le droit européen a en effet conféré, à cette liberté, pourtant déjà reconnue par toutes les constitutions nationales, un contenu tout à la fois plus positif et plus concret. La jurisprudence de la Cour foisonne de formules particulièrement valorisantes à l'égard de la liberté religieuse : les droits de l'article 9 présentant un « *caractère fondamental* »<sup>25</sup>, la liberté de religion représentant « *l'une des « l'une des assises d'une "société démocratique", au sens de la convention* »<sup>26</sup>, le pluralisme religieux ayant une « *importance primordiale* » en tant que « *fondements (parmi d'autres) d'une "société démocratique au sens de la convention* »<sup>27</sup>. En outre, le droit de manifester ses convictions religieuses en public garanti par l'article 9 donne à la liberté religieuse un contenu concret, bien plus concret par exemple que la référence de la loi de 1905 à la liberté de conscience et plus ouvert que ce que l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui énonce que « *nul ne peut être inquiété pour ses opinions même religieuses pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* » semble suggérer. D'ailleurs lors de l'adoption de l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux, des inquiétudes se sont manifestées notamment quant à la compatibilité de la liberté de manifester sa religion avec le principe de laïcité qui ont abouti à ce que le Conseil constitutionnel s'exprime sur cette question dans sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004<sup>28</sup>. Le droit européen a également exercé une influence sur le concept de laïcité<sup>29</sup> non seulement en contribuant à valoriser le concept mais également à en enrichir son contenu. La valorisation<sup>30</sup> de ce concept qui va à l'encontre de la thèse du dépérissement de la laïcité et valide

<sup>22</sup> CEDH, gde ch., 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, Requ. n° 27417/95, § 84. RFDA 2001. 1250, chron. H. LABAYLE ET F. SUDRE.

<sup>23</sup> CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin.*, Req. n° 44774/98. § 109.

<sup>24</sup> WOEHLING (J.-M.), La laïcité in AUBY (J.-M.) (Dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories de droit public*, Dalloz, 2010, pp. 459-484.

<sup>25</sup> CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, n° 14307/88, § 33 : à propos de la condamnation d'un Témoin de Jéhovah pour prosélytisme envers l'épouse d'un chantre de l'église orthodoxe grecque.

<sup>26</sup> CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis*, précité, § 31.

<sup>27</sup> CEDH, 12 févr. 2009, *Nolan et K. c/ Russie*, Req. n° 2512/04 : refus d'entrée sur le territoire d'un membre de l'Église Moon.

<sup>28</sup> Les inquiétudes portaient notamment sur le fait que la liberté n'était pas assortie dans la Charte de possibilités de restrictions. Le Conseil constitutionnel s'est toutefois référé aux explications du præsidium qui précisent que le droit garanti par cet article a le même sens et la même portée que celui garanti par l'article 9 de la Convention et qu'il se trouve donc sujet aux mêmes restrictions, tenant notamment à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé et de la morale publics, ainsi qu'à la protection des droits et libertés d'autrui, prenant également soin de rappeler que l'article 9 a été constamment appliqué par la CEDH en harmonie avec la tradition constitutionnelle de chaque Etat membre (CEDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, précité). Il en déduit que, dans ces conditions, la disposition de la Charte est compatible avec la Constitution.

<sup>29</sup> Témoignage de cette influence, la Cour avait invitée dans le débat sur la laïcité française : voir notamment l'audition remarquée du vice-Président de l'époque le juge J-P. Costa par la Commission Stasi : ce dernier avait affirmé la nécessité d'une loi interdisant les signes religieux ostensibles à l'école et avait donné toutes les assurances sur la conformité d'une telle loi à la Convention ce qui est pour le moins inédit.

<sup>30</sup> GARAY (A.), La laïcité, principe érigé en valeur de la Convention européenne des droits de l'homme, D. 2006, Chron. p. 103. On peut d'ailleurs se demander si cette valorisation, cette augmentation de la valeur ne transforme pas le « principe » de laïcité en « valeur », la laïcité devenant paradoxalement un objet de croyance...

au contraire celle d'une laïcité désormais « *militante* »<sup>31</sup> est très nette à la lecture de la jurisprudence de la Cour EDH. L'arrêt *Refah Partisi et autres contre Turquie* relatif à l'interdiction d'un parti islamique en Turquie du 13 février 2003 est à cet égard très représentatif puisque la Cour a constaté que la laïcité tenait une place telle dans la Constitution de l'Etat turc qu'il pouvait justifier la dissolution du *Refah* sans que la Convention ne soit violée. Cette jurisprudence a d'ailleurs clairement permis de « *démythifier* »<sup>32</sup> le régime français de la laïcité et « *de prendre conscience que le souci de l'indépendance respective des autorités publiques et religieuses est général* »<sup>33</sup>. On peut toutefois se demander au passage si cette valorisation est bien celle de la laïcité ou plus largement celle d'une démocratie pluraliste, c'est-à-dire non pas seulement d'une laïcité « *religieuse* », mais également « *culturelle* »<sup>34</sup>. On peut également s'interroger sur sa comptabilité avec la situation de tous les Etats parties à la Convention qui n'ont pas, pour certains, épousé ce principe<sup>35</sup>. Outre la valorisation du principe de laïcité, le droit européen en a également favorisé l'évolution. Certes, le principe de laïcité, objet perpétuel d'affrontement politique et idéologique<sup>36</sup>, connaît, en droit, un certain « *apaisement* »<sup>37</sup>. Toutefois, même en droit, la définition reste une entreprise toujours difficile qui fait courir « *le risque de se perdre dans les méandres de ce concept sur lequel de tout temps les doctrines ont aiguisé leurs couteaux* »<sup>38</sup>, en particulier parce que depuis 1905<sup>39</sup>, le contenu de la laïcité a évolué et la définition s'est raffinée. D'aucuns évoquent ainsi les trois âges du principe<sup>40</sup>, la période de séparation (incarnée par la loi de 1905) ayant laissé place à celle de la neutralité puis à celle d'une (difficile) gestion du pluralisme. Or, ces évolutions ont été

<sup>31</sup> ROBERT (J.), La liberté religieuse, *RIDC*, vol 46, n° 2, avril-juin 1994, pp. 629-644.

<sup>32</sup> WOEHRLING (J.-M.), La laïcité in AUBY (J.-M.) (Dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories de droit public*, *op.cit.*, p. 483.

<sup>33</sup> *Ibidem.*, p. 482.

<sup>34</sup> WILAIME (J.-P.), La laïcité culturelle : Un patrimoine commun, *Projets 1994-1995*, n° 240, p. 7. « *Cette « laïcité culturelle » est en définitive le terreau de la Convention européenne des droits de l'homme, son éthos qui fait que ce texte n'est pas seulement un texte juridique mais aussi un document qui révèle les valeurs démocratiques communes aux pays ayant adhéré à la Convention (...) Mais cet univers individualisé est souvent vide de sens car il ne se fonde plus sur une tradition antérieure ou une transcendance intériorisée* » in PEDROT (P.), *Existe-t-il un droit de mourir dans la dignité ? RDSS*, 2002, p. 477.

<sup>35</sup> Voir CEDH, 3 novembre 2009, *Lautsi c/ Italie*, Requête n°30814/06 relative à la présence du crucifix dans des salles de classe d'une école publique en Italie. Sur la demande de Mme Lautsi, la Cour a jugé que cette présence était contraire à la Convention en ce qu'elle garantit la liberté de religion - y compris la liberté de n'adhérer à aucune. L'Etat italien a exercé un recours contre cette décision et l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre de la CEDH. L'article 36 de la Convention prévoit une procédure dite de "tierce intervention", qui permet à des Etats signataires de la Convention, mais qui ne sont pas parties à l'affaire, de présenter des observations pour éclairer le jugement à intervenir de la Cour. Ces Etats ont bien mis en avant le fait que, en Europe, il existe une variété extraordinaire de relations entre l'Etat et l'Eglise. Plus de la moitié de la population de l'Europe vit dans des Etats qui ne pourraient être définis comme des Etats *laïcs*. Inévitablement, dans l'Education nationale, l'Etat et ses symboles ont leur place et nombre d'entre eux ont une origine religieuse ou expriment une identité religieuse actuelle. Voir le discours de J. Weiler en leur nom : « *la France, avec le crucifix au mur n'est plus la France. L'Italie, sans le crucifix au mur, n'est plus l'Italie. Il est de même de l'Angleterre sans le God Save the Queen* »...

<sup>36</sup> La laïcité est une notion polysémique, extrêmement dense, qui véhicule dans le discours politique des valeurs très diversifiées, très souvent d'ailleurs assortie de qualificatifs, depuis les admirateurs d'une laïcité dite "de combat" qui se plaignent souvent d'une laïcité "battue en brèche" jusqu'aux partisans d'une laïcité trop "fermée".

<sup>37</sup> CAMBY (J.-P.), Le principe de laïcité : l'apaisement par le droit, *RDP*, 2005, n° 1, p. 3 et s. On se souvient des mots célèbres du Professeur Rivero : « *Laïcité : le mot sent la poudre ; il éveille des résonances passionnelles contradictoires ; (...) le seuil du droit franchi, les disputes s'apaisent ; pour le juriste, la définition de la laïcité ne soulève pas de difficulté majeure* » : *Dalloz* 1949, chronique p. 30.

<sup>38</sup> BALMOND (L.), Laïcité et droit international humanitaire in MILLET-DEVALLE (A.), *Religions et Droit international humanitaire*, Pedone, 2008, p. 88.

<sup>39</sup> La loi du 5 décembre 1905 portant séparation de l'Eglise et de l'Etat énonce, dans l'article 1, que la République « *assure la liberté de conscience et garantit le libre exercice des cultes* », et dans son article 2, qu'elle « *ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte* ».

<sup>40</sup> HAGUENAU-MOIZARD (C.), *États et religions en Europe*, PUG, 2000, p. 61.

clairement « favorisée par le contexte européen »<sup>41</sup>, le principe de neutralité constituant précisément un principe récurrent dans l'interprétation donnée par la Cour EDH à l'article 9 tout comme celui de pluralisme religieux.

La religion, le fait religieux, la laïcité irriguent donc nettement le droit européen qui lui-même apporte son empreinte en la matière. Dans ce contexte, il est dès lors intéressant de s'interroger sur les conséquences de cette dialectique dans l'une des branches du droit européen, ici le droit européen de la santé. Les considérations et débats religieux exercent-ils une influence sur la formation du droit en la matière ? En retour, le droit européen est-il intervenu pour concilier en son sein l'exercice de la liberté religieuse et l'impératif de santé qui, régulièrement, s'entrechoquent ? La réponse est contrastée. En effet, si la religion et les controverses qu'elle implique ont produit un effet plutôt important, largement « anesthésiant », sur le droit européen de la santé (I), en sens inverse, le droit européen n'a que très épisodiquement et « homéopathiquement » traité la question de la conciliation entre la liberté religieuse et protection de la santé (II).

## **I- Les effets « anesthésiants » de la religion sur le droit européen de la santé**

La perte d'influence de la religion sur la vie morale signifie-t-elle pour autant la fin de toute influence religieuse, l'expulsion de la religion de la vie moderne ? Si certains ont pu soutenir cette thèse, il semblerait au contraire que la religion est bien loin d'avoir disparu des sociétés modernes dans lesquelles, tout au contraire, l'on assiste à un accès plus direct de chacun au « stock » des différentes religions. Naturellement, dans le domaine intime de la santé, ces considérations religieuses exercent une forte influence sur les décisions individuelles. Or, diverses, ces considérations rendent délicate la formation et l'application d'un droit définitif en la matière, a fortiori d'un droit régional, européen. Il n'est dès lors pas surprenant de constater que le débat religieux constitue souvent un motif d'abstention du droit européen (A) et que les croyances et pratiques religieuses permettent parfois de déroger à l'harmonisation européenne dans le domaine de la santé (B).

### **A- Le débat religieux, motif d'abstention du droit européen en matière de biomédecine**

Les questions de bioéthique et de biomédecine et leur traitement en droit européen sont emblématiques en premier lieu de cette influence anesthésiante. Même si la bioéthique s'efforce de construire sa propre religiosité<sup>42</sup>, une religiosité laïque<sup>43</sup>, par la mobilisation de valeurs et la sacralisation de certains principes, il n'en demeure pas moins que le débat bioéthique est nécessairement influencé, biaisé par les arguments religieux dans la mesure où « *la religion propose les réponses les plus fortes, les plus anciennes et les plus crues à la question du sens de la vie* »<sup>44</sup>. Or, ces arguments religieux, par nature extrêmement controversés, ont bien souvent abouti à une

<sup>41</sup> WOEHLING (J-M.), La Laïcité in AUBY (J-M.) (Dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories de droit public*, op. cit., p. 479. Voir également, WILLAIME (J-P.) « Laïcité, religions et construction européenne », *Laïcité et séparation des Eglises et de l'Etat*, Histoire et actualité, Pulim, Limoges, 2006, p. 223.

<sup>42</sup> Evoquons par exemple la jurisprudence de la Cour EDH affirmant le caractère « sacré » (le vocabulaire devenant lui-même religieux) de la vie et accordant, de ce fait, la préminence à l'article 2 (CEDH, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, § 37, voir infra). Conférer au droit à la vie une sorte de valeur suprafondamentale n'est pas sans conséquence, nous semble-t-il, dans le débat éthique...

<sup>43</sup> BYK (C.), Un pont vers le futur, l'universalisme bioéthique en contexte historique, *RGDM*, n° 22, 2007, p. 70.

<sup>44</sup> GRONDIN (J.), *Philosophie de la religion*, PUF, 2009, p. 3.

abstention de la part du législateur et du juge, tantôt interprétée comme une forme de prudence, tantôt décriée comme un aveu d'impuissance. Cette abstention est particulièrement nette tant sur le terrain des qualifications (de l'embryon) (1) que sur celui de l'encadrement des pratiques, celle de l'IVG ou de l'euthanasie (2).

### ***1- L'absence de qualification européenne de l'embryon***

Le statut de l'embryon fait largement débat et occupe une large part de la réflexion bioéthique depuis les origines de la discipline, en particulier en raison de la ferme et constante volonté d'un grand nombre de scientifiques de disposer des embryons humains comme supports de recherches et d'expérimentation à laquelle s'opposent les considérations -non moins résolues- morales et religieuses qui prônent une protection de la vie anténatale. Dans ce contexte de très vives controverses, le droit européen a très nettement choisi l'abstention.

C'est le cas de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que, précédemment, de la Commission, qui ont estimé, et l'une et l'autre, n'avoir aucune compétence pour poser une définition du statut de l'embryon<sup>45</sup>. La question qui leur a souvent été posée était la suivante : l'article 2 de la Convention énonçant que le droit à la vie vaut au bénéfice de toute personne englobe-t-il l'embryon ? Dans une première décision en 1980, la Commission avait semblé avoir tranché par la négative soulignant que « *si l'on déclarait que la portée de l'article 2 s'étend au fœtus et que la protection accordée par cet article devait, en limitation expresse, être considérée comme absolue, il faudrait en déduire qu'un avortement est interdit, même lorsque la poursuite de la grossesse mettrait gravement en danger la vie de la future mère [...]. La Commission estime que pareille interprétation serait contraire à l'objet et au but de la Convention* »<sup>46</sup>. Toutefois, très rapidement, la Commission et la Cour ont opté pour une réponse beaucoup plus indéterminée. Dans l'arrêt *Open Door et Dublin Woman c/ Irlande* du 29 octobre 1992 rendu à propos de la conformité de la législation irlandaise relative à la liberté d'information en matière d'avortement<sup>47</sup>, la Cour « *releva d'emblée qu'elle ne se trouvait pas appelée, en l'espèce, à déterminer si la Convention garantit un droit à l'avortement ou si le droit à la vie reconnu par l'article 2, vaut pour le fœtus* » et renvoya en conséquence la décision aux Etats<sup>48</sup> qui selon elle, « *jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, en particulier dans une sphère comme celle-ci qui touche à des questions de croyances sur la nature de la vie humaine* »<sup>49</sup>. Le 8 juillet 2004, dans son célèbre arrêt *Vo c/ France*<sup>50</sup> relatif à un avortement thérapeutique du fait d'une erreur médicale, la Cour a enfoncé le

<sup>45</sup> BERTRAND-MIRKOVIC (A.), *L'enfant à naître est-il une personne protégée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ?* *RGDM* 2004, n° 14, p. 197 ; SAINTE-ROSE (J.), *L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ?* *JCP G* 2004, I, n° 194.

<sup>46</sup> Décision du 15 mai 1980, *X. c. Royaume-Uni*, Req. n° 8416/78.

<sup>47</sup> CEDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Woman c/ Irlande*, série A, n° 246, § 66. Voir les observations de DUBOIS (L.), *RDSS*, 29 (1), janv-mars 1993, pp. 32-41 ou RIGAUX (F.), *RTDH*, 1993, pp. 335-358.

<sup>48</sup> La Cour se contenta de s'interroger sur la conformité de la législation irlandaise relative à la liberté d'information en matière d'avortement au regard de l'article 10-2 et ne se prononça pas sur l'avortement lui-même. Elle estima sur ce terrain que si « *la restriction poursuivait (...) le but légitime de protéger la morale* » (§ 63), l'ingérence de l'Etat irlandais se révélait « *trop large et disproportionnée* » (§ 74) et en conclut donc à une violation de l'article 10.

<sup>49</sup> CEDH, *Open Door et Dublin Woman c/ Irlande*, 29 octobre 1992, précité, § 68.

<sup>50</sup> CEDH, 8 juillet 2004, *Vo contre France*, Requête n°53924/00. Cet arrêt évoque le cas d'une femme enceinte d'environ 20 semaines, qui a dû subir un avortement thérapeutique en raison d'une erreur de son médecin. Elle a porté plainte et s'est constituée « *partie civile pour blessures involontaires ayant entraîné une incapacité de totale de travail de moins de trois mois commises sur elle-même et pour homicide commis sur son enfant* ». La question qui s'est posée



clou, affirmant qu'il n'était ni souhaitable ni possible qu'elle se prononce sur le statut de l'embryon. « *Il serait non seulement juridiquement délicat d'imposer en ce domaine une harmonisation des législations nationales, mais, du fait de l'absence de consensus, il serait également inopportun de vouloir édicter une morale unique, exclusive de toutes les autres* »<sup>51</sup>. Dans son opinion séparée, le juge Costa rappelait d'ailleurs que « *la Cour collégalement n'a pas à se placer sur un plan principalement éthique ou philosophique. Elle doit s'efforcer de rester sur le terrain qui est le sien, le terrain juridique, même si le droit n'est pas désincarné et n'est pas une substance chimiquement pure, indépendante de considérations morales ou sociétales* ». On notera que le mot religieux n'est pas prononcé, mais il est clairement dans tous les esprits. D'ailleurs sans cet élément explicatif, il serait difficile de comprendre pourquoi la Cour ne tranche pas clairement cette question pourtant proprement juridique (et essentiel pour l'interprétation de la Convention) et fait, au contraire, une gymnastique complexe en rattachant les droits de l'enfant à naître aux droits de la mère<sup>52</sup>. La raison sous jacente réside sans nul doute dans les controverses religieuses et philosophiques sur le statut de l'enfant à naître, controverses pour lesquelles la Cour estime n'avoir ni la compétence ni la légitimité de trancher. On pourrait d'ailleurs se demander, à l'instar de certains, si on assisterait pas ici à une sorte de « *dérive laïciste* »<sup>53</sup>, tant les juges semblent considérer que la référence à la religion serait illégitime et inconvenant et tant ils évitent les questions essentielles, et nécessairement empreintes de religieux, comme celui du début de la vie. Notons que l'on observe la même attitude chez le juge de l'Union. La façon dont la Cour de Luxembourg<sup>54</sup> a traité de la question de l'interdiction par les autorités irlandaises de la publicité diffusée sur les cliniques britanniques pratiquant l'IVG en est une illustration. Concluant à l'inapplicabilité du droit communautaire à l'espèce<sup>55</sup>, la Cour a délibérément choisi en l'occurrence de ne pas prendre position sur une loi nationale traduisant un choix politique empreint de considérations, religieuses, éthiques et philosophiques. Elle est d'ailleurs très claire puisqu'elle relève qu'il ne lui appartient pas de « *substituer son appréciation à celle du législateur des Etats membres où les activités en cause sont légalement pratiquées* »<sup>56</sup>. Dans un arrêt du 26 février 2008 *Sabine Mayr*<sup>57</sup> rendu à propos d'une femme licencié pendant son congé maladie octroyé dans le cadre d'un parcours de procréation médicalement assistée, en réponse à une question préjudicielle sur la notion de travailleuse enceinte, le juge de l'Union, interrogé sur ce qui devait être considéré comme étant le début de la grossesse (en l'espèce, le jour de la conception ou le transfert), là encore, refuse

---

était de savoir si un embryon pouvait être victime d'un homicide et s'il pouvait être par conséquent protégé par l'article 2 de la CEDH.

<sup>51</sup> CEDH, 8 juillet 2004, *Vo contre France*, précité, point 82.

<sup>52</sup> Elle a en effet estimé que la France offrait une protection juridique suffisante à l'enfant à naître, puisque dans le cas d'espèce, « *la vie du fœtus était intimement liée à celle de sa mère et sa protection pouvait se faire au travers d'elle* » et que l'article 2 n'exigeait pas qu'un recours de nature pénale soit ouvert dans les cas des atteintes involontaires à la vie. La Cour a donc décidé qu'il n'y avait pas de violation de l'article 2 de la Convention.

<sup>53</sup> CLERCKX (J.), Le législateur, le début de vie et la loi relative à la bioéthique, *RDP*, 2006, n° 3, p. 737 et s.

<sup>54</sup> CJCE, 4 octobre 1991, *Grogan*, C-159/90, p. I-4685. Cet arrêt a été fort commenté : voir par exemple DUBOIS (L.), *RDSS*, 28 (1), janv-mars 1992, pp. 49-57, GAUDEMET- TALLON (H.), *RTDE*, 28 (1), janv-mars 1992, pp. 163-180 ou encore IDOT (L.), *Europe*, novembre 1991, pp. 4-6.

<sup>55</sup> Il s'agissait de savoir si le principe de libre prestation des services s'opposait à une réglementation irlandaise interdisant la fourniture d'informations relatives à des services médicaux d'avortement offerts à l'étranger. La Cour a considéré que le droit communautaire n'était pas applicable dès lors que la publicité en cause -organisée par des étudiants- n'avait pas un caractère commercial (pt 22). De plus, la Cour a estimé qu'il n'existait pas un lien suffisant entre l'exercice des activités des cliniques et la diffusion des informations par les associations d'étudiants pour que cette dernière apparaisse comme un élément de la libre prestation des services (point 24). Elle en a conclu que, dès lors, la réglementation irlandaise n'était pas contraire au droit communautaire inapplicable en l'espèce.

<sup>56</sup> CJCE, 4 octobre 1991, *Grogan*, précité, point 20.

<sup>57</sup> CJCE, 26 février 2008, *Sabine Mayr*, aff. C-506/06.

clairement de prendre position dans « *le débat médico-éthique sur l'origine de la vie lequel est superflu et n'a pas sa place dans cette enceinte* »<sup>58</sup>. Il s'en tient à une interprétation technique pour conclure au rejet de la requête de Mme Mayr qui, avant le transfert, ne pouvait être considérée, selon le juge, comme enceinte, invitant toutefois les juridictions nationales à vérifier qu'il n'y avait pas eu, en l'espèce, discrimination.

L'abstention se retrouve, au-delà de la jurisprudence, dans les textes conventionnels. La Convention d'Oviedo est souvent citée et pour cause, « *aucun article ne mentionne expressément le commencement de la vie comme point de départ de la plénitude desdits droits* »<sup>59</sup>. La Convention se garde bien en effet de définir le terme de « personne », se contentant, dans son article 1<sup>er</sup><sup>60</sup>, de garantir « à toute personne » le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales. « *En l'absence d'unanimité parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe sur la définition de ces termes* », le texte renvoie aux Etats le soin de préciser la portée de cette expression<sup>61</sup>. Dans ce même article, la Convention souligne d'ailleurs qu'elle protège « *l'être humain dans sa dignité* » sans non plus de précision supplémentaire sur cette notion<sup>62</sup>. Concernant la protection de l'embryon, l'abstention est encore plus tangible. Certes, l'alinéa 2 de l'article 18 énonce l'interdiction, plutôt franche, de « constituer » des embryons humains « aux fins de recherche ». Cependant, la lecture du premier alinéa complique singulièrement l'interdiction car il est dit que « *lorsque la recherche sur les embryons in vitro est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon* ». Au final donc, la question de l'autorisation des recherches sur l'embryon et le fœtus est loin d'avoir été véritablement tranchée. Le rapport explicatif le reconnaît lui-même confirmant que la Convention « *ne prend pas position sur l'admissibilité du principe de recherche sur les embryons in vitro* »<sup>63</sup>. Or, ces abstentions textuelles, certains diront ces « *abdications de la Convention* »<sup>64</sup>, peuvent-elles être autre chose que le résultat de l'impossible conciliation entre diverses conceptions qui ont pour partie une origine religieuse ? L'aveu a d'ailleurs été fait par le rapporteur du projet de la Convention devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe : « *(...) étant donné les incidences philosophiques, scientifiques, éthiques, religieuses et autres de la question (en l'occurrence la définition précise des termes utilisés telle la personne ou la vie humaine), nous perpétuerions un interminable débat qui risquerait de trahir notre aptitude, d'une part à affronter de façon raisonnée la réalité dynamique qu'est l'installation de la science et de la technologie dans les activités de la vie quotidienne, d'autre part à réagir comme il se doit* »<sup>65</sup>.

<sup>58</sup> Conclusions de l'Avocat général sous l'arrêt Sabine Mayr.

<sup>59</sup> FRAISSEIX (P.), « La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaines dans le domaine de la biomédecine : l'exemple de la Convention d'Oviedo », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, I (2000), n° 2, p. 391.

<sup>60</sup> Article 1 : « *les Parties de la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine* ».

<sup>61</sup> Point 18 (article 1er), Rapport explicatif à la Convention biomédecine.

<sup>62</sup> Le Protocole portant interdiction du clonage humain ne tranche pas plus les choses, le rapport explicatif soulignant à nouveau la nécessité « *de laisser au droit interne le soin de donner des précisions pertinentes quant à la portée de l'expression « être humain » aux effets de l'application du présent protocole* : Rapport explicatif du Protocole, point 6.

<sup>63</sup> Point 116 (article 18), Rapport explicatif à la Convention biomédecine.

<sup>64</sup> FAURE (G.), *La vie prénatale et la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine. À propos des recherches sur l'embryon in vitro*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>65</sup> Rapport n° 7210 du 12 janvier 1995, *Portant avis sur le projet de Convention de bioéthique*, p. 9

## 2- L'absence de prise de position sur l'encadrement de certaines pratiques : l'IVG et l'euthanasie

Les croyances religieuses exercent également une influence souvent grande sur les décisions et pratiques en début ou en fin de vie. C'est le cas s'agissant de la question de l'IVG, la plupart des religions se plaçant, malgré des différences sensibles, dans le camp « pro-vie »<sup>66</sup>. C'est également le cas s'agissant de l'euthanasie. Ainsi, la Conférence des évêques catholiques d'Angleterre et du pays de Galles, intervenue dans le contentieux *Pretty*, a bien rappelé « *que l'un des préceptes fondamentaux de la foi catholique consiste à croire que la vie humaine est un don de Dieu reçu en dépôt. Les actes visant à se donner la mort à soi-même ou à la donner à un tiers, même si ce dernier y a consenti, témoigneraient d'une incompréhension dommageable de la valeur humaine. Le suicide et l'euthanasie se situeraient dès lors en dehors de la sphère des options moralement acceptables pour traiter la souffrance et la mort des êtres humains* »<sup>67</sup>, même si la pratique ne correspond pas toujours aux préceptes<sup>68</sup>. Là encore, face à la controverse, le droit européen a choisi la prudence.

Du côté du juge<sup>69</sup>, cette prudence prend la forme d'une procéduralisation, parfois à l'excès, des droits garantis par la Convention, la détermination de la substance de ces droits étant systématiquement renvoyé à la marge d'appréciation nationale. Ainsi, sur la question de l'avortement, le juge de Strasbourg, prenant note du « *caractère sensible, passionné et souvent polarisé du débat* »<sup>70</sup>, « *privilégie une technique de raisonnement qui consiste à restaurer la légitimité du droit national (à travers la marge d'appréciation) plutôt qu'à affirmer la pertinence du standard européen* »<sup>71</sup>. Suite à une succession d'hésitations<sup>72</sup>, la Cour a fixé sa jurisprudence en 2007, dans l'affaire *Tysiak c/ Pologne*<sup>73</sup> qui rassemble tous les ingrédients de la problématique. En effet, l'affaire concernait la Pologne dans lequel la religion catholique occupe une place importante au point de se traduire par l'interdiction, en vertu d'une loi de 1993, de l'avortement sauf exceptions

<sup>66</sup> Rapport de la Commission sur l'égalité des chances entre les femmes et les hommes intitulé « Femmes et religion en Europe », 16 septembre 2005, Doc. 10670 de l'Assemblée. L'Église catholique romaine voit dans l'avortement un « mal moral » et une violation du cinquième Commandement (« Tu ne tueras point »). L'Église orthodoxe condamne l'avortement comme étant un acte meurtrier dans tous les cas. Dans l'islam, l'avortement est hors la loi, sauf si la santé ou le bien-être de la mère est en jeu (auquel cas il n'est permis que pendant les 120 premiers jours de la grossesse). Dans le judaïsme, l'avortement – en cas de circonstances particulières – est permis jusqu'au quarantième jour, car le fœtus n'est pas considéré comme une personne autonome...

<sup>67</sup> CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/Royaume-Uni*, Requête n°2346/02, § 29.

<sup>68</sup> Une étude européenne « éthicus » qui s'est déroulée entre 1999 et 2000 dans 37 services de réanimation de 17 pays européens, qui portait sur les décisions de fin de vie en réanimation, sur les facteurs et les différences entre les processus décisionnels, a ainsi démontré que les médecins catholiques, protestants ou sans religion déclarée limitaient ou arrêtaient plus les traitements que leurs médecins juifs, grecs orthodoxes ou musulmans.

<sup>69</sup> Au plan textuel, la question ne s'est pas posée, sauf de manière a priori très « marginale » : voir les conclusions du Conseil européen des 11 et 12/12/2008 qui prévoit que les dispositions de la Constitution irlandaise concernant notamment le droit à la vie ne sont pas du tout affectées par l'attribution par le traité de Lisbonne d'un statut juridique à la Charte des droits fondamentaux de l'UE et par les dispositions dudit traité relatives à la justice et aux affaires intérieures. Toutefois, plusieurs questions pratiques peuvent néanmoins se poser : sont-ils par exemple obligés de financer les recherches européennes sur les cellules souches embryonnaires ?

<sup>70</sup> CEDH, 27 juin 2006, *D. c/ Irlande*, Req. n° 26499/02.

<sup>71</sup> HENNETTE-VAUCHEZ (S.), L'émergence d'un droit communautaire de la biomédecine, paradoxes et enjeux, *RTDE*, 2009, p. 30.

<sup>72</sup> Voir l'historique très clair de ROMAN (D.), L'avortement devant la Cour européenne, *RDSS*, 2007, p. 643 et s.

<sup>73</sup> CEDH, 20 mars 2007, *Tysiak c/ Pologne*, req. 5410/03. Voir LARRALDE (J-M.), La CEDH et la promotion des droits des femmes, *RTDE*, 71/2007, pp. 855-874.

prévues par la loi<sup>74</sup>. En outre, dans cette affaire, pour la première fois, la Cour était confrontée au cas d'une femme qui n'avait pu avorter, aucun médecin n'ayant accepté d'émettre un certificat, obligatoire en droit polonais, en vue d'une interruption de grossesse alors même qu'elle aurait souhaité le faire et ce précisément pour des raisons de santé<sup>75</sup>. La Cour devait donc ici se prononcer précisément sur un refus, pour des motifs (directement ou indirectement) religieux, d'avortement thérapeutique au regard d'un impératif de santé. Or, dans sa réponse, la Cour adopte une stratégie d'évitement particulièrement prudente. Elle va en effet refuser de se prononcer sur la question de savoir si l'article 8 garantit ou non un droit abstrait des femmes à accéder à l'avortement<sup>76</sup> et se contentera de vérifier la compatibilité « procédurale » avec le droit au respect de la vie privée du refus de l'interruption thérapeutique. Au terme de cette vérification, la Cour juge que l'absence de procédure nationale de résolution d'un conflit entre une opinion médicale contraire à l'avortement et la demande de la femme est constitutif d'une violation des obligations procédurales liées au respect effectif de la vie privée. Certes, la Cour va tout de même, entre les lignes, donné quelques indications à l'Etat polonais en relevant, par exemple, que « *l'interdiction de l'avortement prévue dans la loi, combinée avec le risque pour les médecins de se voir accusés d'une infraction pénale (...) est tout à fait susceptible d'avoir un effet paralysant sur les praticiens* »<sup>77</sup> lorsqu'ils décident de la l'utilité d'un avortement. Toutefois, l'essentiel n'en demeure pas moins que la Cour ne pose explicitement aucun droit à l'avortement, alors même que sur d'autres terrains portant proches, elle a été bien plus audacieuse, affirmant par exemple, dans son arrêt *Evans c/ Royaume Uni*<sup>78</sup> relatif à un refus médical de procéder à l'implantation d'embryons que « *la vie privée recouvre également le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir* ». Le récent arrêt du 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*<sup>79</sup> qui rejette, sur le fondement de l'article 8, la requête de deux irlandaises ayant dû se rendre en Angleterre pour y faire interrompre leur grossesse confirme l'option de prudence. L'intérêt de l'arrêt est d'autant plus vif que les requérantes invoquaient en l'espèce des motifs de santé et de bien être (l'une connaissait des problèmes d'alcoolisme qui lui avaient valu le retrait de la garde de ses quatre enfants, l'autre avait des risques de grossesse extra-utérine). La Cour va rejeter cette interprétation affirmant « *qu'en interdisant sur la base des idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie et la protection à accorder au droit à la vie des enfants à naître l'avortement pour des motifs de santé ou de bien être sur son territoire, l'Etat irlandais n'a pas excédé la marge d'appréciation dont il jouit en la matière* » et n'a donc pas violé la Convention. Le juge a toutefois réservé un sort particulier à la troisième requérante, lituanienne, atteinte d'un cancer. Il faut dire qu'ici était en cause la sauvegarde de la vie de la mère elle-même, motif qui, en droit irlandais, permettait de limiter le droit à la vie de l'enfant et d'avorter. La Cour a, sur ce point, estimé que l'Irlande avait violé l'article 8 en ne prévoyant pas de procédure accessible et effective permettant à la requérante de faire établir que sa grossesse lui faisait courir un risque pour la vie et ont accordé à la requérante une réparation.

<sup>74</sup> L'avortement est légal lorsque la grossesse met en danger la vie ou la santé de la femme et que cela est certifié par deux médecins quel que soit le stade de la grossesse.

<sup>75</sup> Il s'agissait des risques d'une grossesse et d'un accouchement pour sa vue, plus exactement pour sa rétine, risques qui se sont d'ailleurs réalisés puisqu'après la naissance de son troisième enfant, la vue de Mme Tysiac s'est détérioré en raison d'hémorragies de la rétine qui l'ont rendues partiellement invalide.

<sup>76</sup> CEDH, 20 mars 2007, *Tysiac c/ Pologne*, précité, § 104.

<sup>77</sup> CEDH, 20 mars 2007, *Tysiac c/ Pologne*, précité, § 116.

<sup>78</sup> CEDH, 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume Uni*, req n°6339/05.

<sup>79</sup> CEDH, 16 décembre 2010, *A, B et C c/ Irlande*, aff. 25579/05. Observations VIGNEAU (D.), *Dictionnaire permanent de bioéthique et biotechnologies*, janvier 2011, pp. 2-4.

S'agissant de la pratique de l'euthanasie, face à la diversité des conceptions, notamment religieuses, sur ce qu'implique le respect de la dignité en fin de vie, le juge européen demeure également extrêmement discret<sup>80</sup> faisant preuve pour certains, d'une indispensable « *sagesse* »<sup>81</sup>. Certes, dans son arrêt bien connu *Pretty* du 29 avril 2002<sup>82</sup>, la Cour a conclu à l'absence d'incompatibilité d'une interdiction générale (et d'une incrimination) du suicide assisté, telle que celle prévue par la loi anglaise, avec les articles 2, 3 et 8 de la Convention. Toutefois, la Cour se garde bien de dire autre chose, contrairement à ce que certains commentateurs ont pu dire. Le juge ne dit en effet absolument rien ainsi sur la validité conventionnelle d'une dépénalisation du suicide assisté ou plus généralement de l'euthanasie<sup>83</sup>. Refusant de manière très nette d'interpréter l'article 2 « *comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir (...) que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique* »<sup>84</sup>, la Cour souligne que l'obligation des autorités de protéger le droit à la vie doit être placée en regard d'autres droits, en particulier du droit à l'autodétermination en fin de vie<sup>85</sup> qui, selon la Cour, dérive du droit au respect de la vie privée. Mais la Cour ne donne absolument aucune directive sur la manière de résoudre ce conflit entre les droits fondamentaux. En conséquence, il pourrait tout à fait être soutenu que la dépénalisation de l'euthanasie pourrait être jugée, sous certaines conditions, compatible avec la Convention. Cela est d'ailleurs d'autant plus vraisemblable que dans l'affaire *Pretty*, la Cour a refusé de considérer l'adhésion au suicide assisté comme une conviction quasi-religieuse devant faire l'objet d'une protection au titre de l'article 9 de la Convention<sup>86</sup>. Le juge européen ne tranche donc ni dans un sens ni dans l'autre. Dans un arrêt récent du 20 janvier 2011, *Haas c/ Suisse*<sup>87</sup>, la Cour suit la même démarche de prudence alors même que la situation est bien différente<sup>88</sup> puisque l'objet du litige est

<sup>80</sup> Voir sur ce sujet : BYK (C.), *Euthanasie : la nécessité d'une loi au regard du droit européen des droits de l'homme ?* disponible sur le site : [www.iales.org/dossiers/.../euthanasie-la-necessite-d-une-loi.pdf](http://www.iales.org/dossiers/.../euthanasie-la-necessite-d-une-loi.pdf)

<sup>81</sup> DUBOUIS (L.), La fin de vie et le droit européen in LECA (A.) ET DE CACQUERAY (S.), *La fin de vie et l'euthanasie*, Les études hospitalières, 2008, p. 87.

<sup>82</sup> CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/Royaume-Uni*, Requête n°2346/02. *Rev. science crim.*2002.645, note F. MASSIAS ; *D.*2002.1596 ; *RJPF* 2002, 7-8/11, p. 11 obs. E. GARAUD ; *JCP* 2002.I.157, n° 1 et 13, obs. F. SUDRE ; *Deffrénois*, 2002.1131, obs. PH. MALAURIE. On se souvient que Mme *Pretty*, la requérante, âgée de 43 ans, atteinte d'une maladie neurodégénérative, irréversible et incurable, mais qui gardait toutes ses facultés intellectuelles, souhaitait que son mari soit autorisé à l'assister dans son suicide sans encourir de poursuites. Elle affirmait devant la Cour que le refus par le *Director of Public Prosecutions* d'accorder une indemnité de poursuites à son mari à la suite d'une aide au suicide et la prohibition de cette aide édictée par le droit anglais enfreignaient les droits garantis par la Convention européenne, en particulier les articles 2, 3, 8, 9 et 14.

<sup>83</sup> DE SCHUTTER (O.), L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2003, p. 74.

<sup>84</sup> § 39-40 de l'arrêt.

<sup>85</sup> La Cour affirme que, sur ce fondement, « *la façon dont elle choisit de passer les derniers instants de son existence fait partie de l'acte de vivre et elle a le droit de demander que cela soit aussi respecté* » et de conclure que « *la requérante en l'espèce est empêchée par la loi d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituera une fin de vie indigne et pénible. La Cour ne peut exclure que cela représente une atteinte au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8-1 de la Convention* » (§67).

<sup>86</sup> La requérante avait également invoqué l'article 9 de la Convention, lequel devrait pouvoir s'étendre à des convictions telles que le végétarisme et le pacifisme. L'intéressée affirme qu'en sollicitant l'aide de son mari pour se suicider elle croyait et donnait son appui à la notion de suicide assisté pour elle-même. Selon la Cour, le terme « *pratiques* » employé à l'article 9 § 1 ne peut recouvrir tout acte motivé ou influencé par une religion ou une conviction.

<sup>87</sup> CEDH, 20 janvier 2011, *Haas c/ Suisse*, Req. n° 31322/07.

<sup>88</sup> Atteint « *d'un grave trouble affectif bipolaire depuis une vingtaine d'années* », un homme de nationalité suisse cherche à mettre fin à ses jours car il estime ne « *plus [pouvoir] vivre d'une manière digne en raison de sa maladie, difficile à traiter* » (§ 7). Adhérent de l'association « *Dignitas* » qui « *propose en particulier une assistance au suicide* », l'intéressé tenta d'obtenir la substance nécessaire à son projet de suicide, « *à savoir 15 grammes de pentobarbital sodique, substance soumise à prescription médicale* ». Puisque tous les psychiatres qu'il consulta refusèrent de lui prescrire une telle substance, il sollicita - en vain - une autorisation en ce sens auprès des autorités médicales suisses. Par un arrêt rendu en 2006, le Tribunal fédéral suisse confirma ces refus.

ici de savoir si, en vertu de l'article 8, l'Etat devait faire en sorte que le requérant, non infirme, puisse obtenir, pour mourir sans douleur et risque d'échec, une substance nécessaire à son projet de suicide. Soulignant que « *les recherches effectuées par [elle] lui permettent de conclure que l'on est loin d'un consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe quant au droit d'un individu de choisir quand et de quelle manière il veut mettre fin à ses jours* » et que « *la grande majorité des Etats membres semblent donner plus de poids à la protection de la vie de l'individu qu'à son droit d'y mettre fin* »<sup>89</sup>, les juges concluent que l'article 8 ne peut être interprété comme imposant aux Etats une obligation positive d'adopter les mesures permettant de faciliter un suicide dans la dignité et que, « *même à supposer que les Etats aient une (telle) obligation positive (...) les autorités suisses n'ont pas violé cette obligation dans le cas d'espèce* »<sup>90</sup> puisque la législation suisse permet l'obtention d'une telle substance sous réserve d'obtenir une ordonnance médicale, délivrée sur le fondement d'une expertise psychiatrique complète. Une affaire, en cours, l'affaire Koch c/ Allemagne devrait, de notre point de vue, reprendre un raisonnement très similaire<sup>91</sup>.

## **B- Les croyances et pratiques religieuses, moyens de dérogation à l'harmonisation européenne en matière de santé**

En plus d'être un motif d'abstention pour le législateur ou le juge européen, la religion constitue, dans certains domaines, un moyen de déroger, plus ou moins efficacement, à l'harmonisation européenne. Deux exemples d'actualité<sup>92</sup> en témoignent : celui de l'abattage rituel religieux au regard de l'harmonisation en matière de protection de la santé animale et celui de l'opposition religieuse à la manipulation du vivant au regard de l'harmonisation en matière de sécurité sanitaire et d'OGM.

### ***1- L'abattage rituel religieux et la protection de la santé et du bien être animal***

Faut-il le rappeler, le droit de l'Union a joué indéniablement un rôle moteur dans la construction du

<sup>89</sup> CEDH, 20 janvier 2011, *Haas c/ Suisse*, précité, § 55.

<sup>90</sup> CEDH, 20 janvier 2011, *Haas c/ Suisse*, précité, § 61.

<sup>91</sup> En l'espèce, le requérant, Ulrich Koch, est un ressortissant allemand qui se plaint du refus des autorités allemandes d'autoriser son épouse à acquérir une dose létale d'un médicament pour lui permettre de se suicider. L'épouse du requérant – qui était presque entièrement paralysée, avait été placée sous assistance respiratoire et nécessitait des soins infirmiers constants depuis une chute qu'elle avait faite devant chez elle – souhaitait mettre fin à ses jours. Elle demanda à l'institut fédéral des médicaments et des produits médicaux de lui accorder l'autorisation d'acquérir une dose létale d'un médicament afin qu'elle pût se suicider à son domicile. L'institut refusa la demande, estimant que le souhait de l'intéressée de mettre fin à ses jours allait à l'encontre du but de la loi allemande sur les stupéfiants, à savoir assurer à la population les soins médicaux nécessaires. M. Koch et son épouse contestèrent cette décision. Le 12 février 2005, Mme Koch se suicida en Suisse, avec l'aide de l'association *Dignitas*. Le 3 mars 2005, l'institut confirma sa décision et en avril M. Koch introduisit une action afin de faire déclarer par les différents tribunaux que les décisions de l'institut étaient illégales et que celui-ci se devait d'accorder l'autorisation sollicitée par son épouse. Les différentes juridictions ont déclaré la demande irrecevable, considérant que M. Koch n'avait pas qualité pour introduire l'action puisqu'il ne pouvait se prétendre victime d'une violation de ses propres droits. Mr Koch a porté sa requête devant la Cour estimant que ce refus a porté atteinte au droit de son épouse au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8, en particulier à son droit de mourir dans la dignité, ainsi qu'à son propre droit au respect de sa vie privée et familiale du fait qu'il a été contraint de voyager en Suisse pour permettre à son épouse de se suicider. Sous l'angle de l'article 13, il soutient en outre que les juridictions allemandes ont méconnu son droit à un recours effectif en lui refusant le droit d'attaquer le refus de l'institut d'accorder à son épouse l'autorisation requise.

<sup>92</sup> Un règlement du 16 octobre 1990 institue un régime spécial pour les vins destinés à un usage religieux. Une directive du 16 décembre 2002 exonère les bâtiments culturels et religieux de certaines normes énergétiques...

droit sanitaire animalier dont il constitue une source primordiale<sup>93</sup>. Ce droit animalier se structure logiquement autour des concepts de « *protection* » et de « *santé* » des animaux, mais également, depuis l'adoption Protocole sur la protection et le bien-être des animaux annexé au Traité d'Amsterdam puis de l'article 13 TFUE<sup>94</sup>, autour de celui de « *bien être animal* ». Toutefois, si la protection de la santé des animaux et de leur bien être est un objectif fondamental des Traités, le respect des rites, des pratiques culturelles et religieuses des populations européennes, en est un autre. Or, parmi ces rites, il y a ceux relatifs à l'abattage. Dans certaines religions, la mise à mort d'un animal ne doit pas en effet être un acte banal, l'animal doit être « sacrifié ». Les rites israélites et musulmans impliquent ainsi l'égorgeage de l'animal en pleine conscience : seul un animal saigné dans ces conditions, qui plus est par un sacrificateur de la religion, peut donner de la viande casher ou halal. D'ailleurs, le respect de ces rites est inscrit dans plusieurs textes européens, en particulier dans le traité de Lisbonne puisque l'article 13 TFUE énonce que « *l'Union et les États membres tiennent pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles, tout en respectant les dispositions législatives ou administratives et les usages des États membres en matière notamment de rites religieux* »<sup>95</sup>. Or, pour permettre cette conciliation, le droit de l'Union a organisé, dans son droit dérivé, des systèmes de dérogations au bénéfice des rites religieux. C'est le cas du droit de l'Union applicable à l'abattage des animaux<sup>96</sup> qui, depuis de nombreuses années<sup>97</sup>, se développe au nom de la protection de la santé animale. On peut, par exemple, citer l'importante directive 93/119/CE du Conseil, du 22 décembre 1993, sur la protection des animaux au moment de leur abattage ou de leur mise à mort<sup>98</sup> qui prévoit un certain nombre d'obligations<sup>99</sup> visant à réduire les souffrances de l'animal. Avec une grande constance, ces textes ont prévu toute une série de dérogations, en particulier à l'une des règles essentielles en matière d'abattage, la règle de l'étourdissement préalable des animaux, pour permettre l'accomplissement des rituels religieux. Ainsi, la directive 93/119/CE désormais remplacée par le règlement (CE) n° 1099/2009 du Conseil du 24 septembre 2009 prévoit que, lorsque des rites religieux prescrivent certaines méthodes particulières d'abattage, l'étourdissement préalable de l'animal n'est pas obligatoire<sup>100</sup> pour autant que l'abattage ait lieu dans un abattoir<sup>101</sup>. Le règlement justifie ladite

<sup>93</sup> DUBOS (O.) ET MARGUENAUD (J-P.), La protection internationale et européenne des animaux, *Pouvoirs*, 2009/4, n° 131, pp. 113-126.

<sup>94</sup> MARGUENAUD (J-P.), La promotion des animaux au rang d'êtres sensibles dans le Traité de Lisbonne, *Revue semestrielle de droit animalier*, 2/2009, p. 13 et s. DESMOULIN-CANSELIER (S.), Droit sanitaire, *Revue semestrielle de droit animalier*, 1/2010, p. 85.

<sup>95</sup> L'article 13 n'est que la reprise d'un ancien protocole annexé au Traité d'Amsterdam qui avait retenu la même formulation que celle figurant dans la Convention européenne sur la protection des animaux d'abattage signée à Strasbourg le 10 mai 1979 (article 17).

<sup>96</sup> BERGEAUD-BLACKER (F.), L'encadrement de l'abattage rituel industriel dans l'Union européenne : limites et perspectives, *Politique européenne*, 2008/1, n° 24, pp. 106-122.

<sup>97</sup> Directive 74/577 du 18 novembre 1974, JOCE, n° L 316 du 26/11/1974, pp. 10-11.

<sup>98</sup> JOCE n° L 340 du 31-12-1993, pp. 21-34.

<sup>99</sup> Ainsi, très brièvement résumées, les différentes phases sont les suivantes:

- Les animaux doivent être acheminés et si nécessaire hébergés conformément aux règles en vigueur.
- Ils doivent être immobilisés en utilisant uniquement certaines techniques autorisées qui garantissent l'absence de souffrance, blessure, agitation etc.
- Ils sont ensuite étourdis c'est-à-dire plonger, par l'utilisation d'un instrument mécanique, l'électricité ou l'anesthésie par gaz, dans un état d'inconscience.
- Ils sont enfin saignés, encore une fois par certaines techniques dûment autorisées.

<sup>100</sup> Cette dérogation est conçue comme une possibilité laissée aux Etats qui n'ont pas une « obligation » d'insérer une telle dérogation dans leur droit national. Par exemple, la Suède a totalement interdit les abattages rituels, n'usant donc pas de cette possibilité ; c'est également le cas en Norvège, Islande, Suisse et dans 6 province autrichiennes.

<sup>101</sup> Article 4 du règlement : « *les animaux sont mis à mort uniquement après étourdissement (...) L'animal est maintenu dans un état d'inconscience et d'insensibilité jusqu'à sa mort. (...) Pour les animaux faisant l'objet de méthodes*

dérogation par une référence explicite à la liberté de religion et au droit de manifester sa religion ou ses convictions par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites<sup>102</sup>.

Les controverses<sup>103</sup> autour de cette dérogation et sa compatibilité avec l'objectif de protection de la santé restent toutefois encore vives, y compris dans les pays qui ont utilisé la dérogation. Elles sont largement alimentées par l'incertitude s'agissant du lien à opérer entre le degré de souffrance animale et l'usage ou non d'un moyen d'étourdissement. Les défenseurs de l'abattage rituel prétendent que l'étourdissement peut engendrer pour l'animal des souffrances supplémentaires<sup>104</sup>. A contrario, d'autres assurent, qu'en l'absence d'étourdissement, le risque est élevé que les animaux ressentent une douleur extrême au moment de l'égorgeage<sup>105</sup>. Elle sont d'ailleurs accrues parce que les différents courants religieux soutiennent des points de vue parfois très divergents. C'est le cas parmi les spécialistes de l'Islam, certains considérant en effet que l'étourdissement est acceptable puisqu'il est conforme à ce qu'a dit le Prophète : « Si vous saignez un animal, faites le avec bonté »<sup>106</sup>. Du même coup, on peut légitimement se demander si l'inscription d'une telle dérogation ne revient pas « *en quelque sorte à légitimer une option religieuse plutôt qu'une autre, altérant du même coup la dynamique interne et la portée des débats dans la sphère religieuse* »<sup>107</sup>. Des débats existent également sur les modalités d'organisation de cette dérogation qui, conformément à ce qui est prévu dans la directive, ne sont pas systématiquement les mêmes<sup>108</sup>. En France, l'exception a été reprise et un décret n° 97-903 en précise les conditions. Il prévoit notamment quelles personnes sont habilitées, et à quelles conditions, pour effectuer ce type d'abattage : uniquement « des sacrificateurs habilités par les organismes religieux agréés, sur proposition du ministre de l'intérieur, par le ministre chargé de l'agriculture ». Or l'application de ce décret, particulièrement de la condition d'agrément ministériel, peut et a pu susciter des difficultés qui ont

---

*particulières d'abattage prescrites par des rites religieux, (ces) prescriptions (...) ne sont pas d'application pour autant que l'abattage ait lieu dans un abattoir ».*

<sup>102</sup> Considérant 18 dudit règlement.

<sup>103</sup> La Commission a d'ailleurs mis en place un réseau de recherche sur le thème de l'abattage rituel (Dialrel) qui vise à collecter des données sur la réalité de ces pratiques rituelles, à favoriser le dialogue entre les autorités et les religions et à chercher de nouvelles méthodes d'abattage qui satisferaient aux prescrits religieux et à la protection du bien-être des animaux.

<sup>104</sup> Selon ces derniers, une électro-anesthésie ou électro-narcose par application d'un courant électrique sur le front de l'animal peut faire souffrir si elle est mal réalisée.

<sup>105</sup> Avis du Groupe scientifique sur la santé et le bien-être des animaux, émis à la demande de la Commission concernant les aspects de bien-être des principaux systèmes d'étourdissement et de mise à mort appliqués aux espèces commercialisées. The EFSA Journal (2004), 45, 1-29, adopté le 15 juin 2004. Voir également le Rapport du Groupe scientifique sur la santé et le bien-être des animaux rédigé à la demande de la Commission concernant les aspects de bien-être des méthodes d'étourdissement et de mise à mort des animaux. Autorité européenne de sécurité des aliments - AHAW/04-027, adopté le 15 juin 2004. Selon l'avis de l'EFSA, « *des coups destinés à provoquer une saignée rapide engendrent d'importantes destructions de tissus dans des zones fortement innervées. La baisse de tension rapide qui suit l'hémorragie est nettement ressentie par l'animal conscient et entraîne terreur et panique. L'animal, conscient, souffre aussi quand son sang se répand dans sa trachée. En l'absence d'étourdissement, le temps entre la section des principaux vaisseaux sanguins et l'insensibilité, compte tenu du fonctionnement du système nerveux et de la réaction cérébrale, peut atteindre 20 secondes chez le mouton, 25 secondes chez le porc, 2 minutes chez les bovins, 2½ minutes ou davantage chez les poulets et parfois jusqu'à 15 minutes voire davantage chez les poissons* ».

<sup>106</sup> BERGEAUD-BLACKER (F.), Nouveaux enjeux autour de l'abattage rituel musulman : une perspective européenne, *Cahiers d'économie et sociologie rurales*, n° 73, 2004, pp. 5- 28.

<sup>107</sup> BERGEAUD-BLACKER (F.), L'encadrement de l'abattage rituel industriel dans l'Union européenne : limites et perspectives, *op. cit.*, p. 106.

<sup>108</sup> Même si l'entrée en vigueur du règlement de 2009 en 2013 a pour objectif de faire converger de manière plus forte les droits nationaux.



même amené la Cour EDH<sup>109</sup> à s'exprimer suite à la requête d'une association minoritaire (qui voulait pratiquer l'abattage selon des modalités encore plus strictes permettant de certifier la viande « glatt » et non casher) qui s'était vue refuser l'agrément et arguait d'une violation de l'article 9. La Cour ne lui a cependant pas donné raison. Elle a bien rappelé que la manifestation des croyances religieuses peut se traduire par l'accomplissement de rites qui incluent l'abattage rituel. Toutefois, le droit protégé par l'article 9 « *ne saurait aller jusqu'à englober le droit de procéder personnellement à l'abattage rituel* », dès lors qu'il est par ailleurs possible de se procurer et de manger une viande jugée orthodoxe<sup>110</sup>. La procédure d'agrément n'est donc pas du même coup considérée comme une ingérence dans la liberté religieuse. L'arrêt témoigne bien « *du profil bas* » choisi par la Cour qui ne « *veut pas mettre à mal les options constitutionnelles et/ou législatives retenues par les Etats en matière d'exercice de la liberté religieuse* »<sup>111</sup>, ni favoriser « *une explosion des revendications des courant minoritaires dans le champ de la liberté de religion* »<sup>112</sup>. Enfin, existe un débat sur la conciliation de la dérogation non plus avec la santé animale mais avec la protection des consommateurs. Il faut dire que, destinée à produire une viande pour des minorités religieuses, l'abattage rituel est devenue une pratique courante dans les abattoirs de nombreux pays d'Europe sans considération de la destination finale des carcasses<sup>113</sup>. Le consommateur peut se retrouver à consommer sans le savoir ni le vouloir des viandes abattues selon certains rites. Il avait été envisagé un moment d'inscrire un étiquetage de produits abattus selon un rite particulier dans la directive de 1993<sup>114</sup>, mais sans résultat. Du même coup, la question reste en suspens. Elle est revenue tout récemment sur l'avant scène<sup>115</sup> et devrait déboucher sur certaines modifications en la matière et « *faire tomber les grands murs des abattoirs européens (...) dans lesquels des acteurs aux objectifs divergents ont pu construire (...) un système opaque dans un espace gris entre religieux et politique que plus personne ne pensait avoir la compétence légitime de contrôler* »<sup>116</sup>.

## ***2- L'opposition religieuse à la manipulation du vivant et la mise sur le marché des organismes génétiquement modifiés***

<sup>109</sup> CEDH, 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France*, Req. n° 27417/95, § 73 : RTDH 2001, p. 195, note J.-F. FLAUSS.

<sup>110</sup> CEDH, 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France*, précité, § 82.

<sup>111</sup> FLAUSS (J.-F.), CEDH et droit des libertés, *AJDA*, 2000, p. 1015.

<sup>112</sup> RTDH 2001, p. 195, note J.-F. FLAUSS, p. 200.

<sup>113</sup> Il est rapporté qu'en France, les 4/5 des ovins abattus transitent par un circuit d'abattage rituel avec une part importante des viandes produites qui débouchent vers des circuits de distribution conventionnels sans étiquetage spécifique. Les raisons de cette généralisation sont essentiellement économiques car elle permet aux abattoirs d'accéder à de nouveaux marchés celui de la viande casher ou hallal de plus en plus lucratifs tout en écoulant les invendus sur le marché classique.

<sup>114</sup> COM (91) 136 qui prévoyait que « la viande produite dans le cadre de l'abattage rituel soit marquée de manière à pouvoir être identifiée par le consommateur final ».

<sup>115</sup> Le Parlement européen a en effet adopté le 16 juin 2010 à propos d'une modification du règlement sur les denrées alimentaires un amendement réclamant l'obligation pour les distributeurs d'indiquer clairement si la viande provient d'animaux abattus sans étourdissement préalable. En France, un projet de loi visant à limiter la production de viande provenant d'animaux abattus sans étourdissement a été déposé le 15 septembre dernier et prévoit de limiter par un système de quotas les dérogations accordées aux abattoirs afin qu'ils correspondent aux seuls besoins découlant de la pratique religieuse, mais également d'obliger les distributeurs de viande d'indiquer clairement par voie d'étiquette ou d'affichage le mode d'abattage de la viande.

<sup>116</sup> BERGEAUD-BLACKER (F.), L'encadrement de l'abattage rituel industriel dans l'Union européenne : limites et perspectives, *op.cit.*, p. 126.

L'utilisation des motifs religieux comme moyen de dérogation à l'harmonisation a pu également être observée en matière d'OGM. L'arrêt du 16 juillet 2009, *Commission c/ Pologne*<sup>117</sup> rendu à propos d'une loi polonaise prévoyant l'interdiction de mise sur le marché polonais des semences de variétés génétiquement modifiées<sup>118</sup> en témoigne. « *L'affaire opposant la Commission à la Pologne peut surprendre au premier abord puisque, sur une question d'OGM, il est fait état de valeurs éthiques et religieuses* »<sup>119</sup>. Si les demandes de dérogations à l'harmonisation européenne (la directive 2001/18<sup>120</sup>) formulées par les Etats sont nombreuses et sont généralement fondées sur les risques spécifiques pour l'environnement et la santé de la commercialisation des OGM, l'affaire était inédite puisqu'en l'espèce, le gouvernement polonais avait, après quelques hésitations, choisi de centrer sa défense face à la Commission sur les considérations d'ordre éthique, religieux et de moralité publique qui, selon lui, étaient réellement à l'origine de l'adoption de la législation nationale. « *Une conception chrétienne de la vie (...) s'oppose à ce que des organismes vivants créés par Dieu soient manipulés et transformés en matériaux objets de droits de propriété industrielle, une conception chrétienne et humaniste du progrès et du développement (...) commande un respect du projet de la création ainsi que la recherche d'une harmonie entre l'homme et la nature* »<sup>121</sup>. Le raisonnement du gouvernement était le suivant. Incontestablement, les finalités des directives en cause, -protection de la santé publique et de l'environnement, libre circulation des produits- et celles de la législation nationale contestée -respect de considérations religieuses et éthiques et de la moralité publique- étaient différentes. Aussi, devait-on considérer que les dispositions nationales étaient extérieures au champ d'application des directives visées et que celles-ci ne devaient donc en aucune manière être appréciées au regard de ces directives, mais directement à l'aune du traité et du principe fondamental de libre circulation des marchandises. Or, dans ce cas, en invoquant l'article 36 TFUE et le motif de la moralité publique, la Pologne aurait pu légitimement justifier des interdictions et/ou restrictions quant à la commercialisation des produits OGM. Interrogée sur cette possibilité de déroger pour des motifs religieux, sur le fondement de l'article 36 TFUE, la Cour ne répond qu'à moitié. Elle affirme en effet qu'il n'est « *pas nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si, et dans quelle mesure et à quelles conditions éventuelles, les États membres conservent une faculté d'invoquer des arguments d'ordre éthique ou religieux pour justifier de mesures internes* »<sup>122</sup> qui dérogeraient aux dispositions de la directive 2001/18. La Cour estime en l'espèce que l'essentiel est de vérifier que la législation nationale poursuit effectivement de tels objectifs avancés ce que, selon elle, la Pologne n'a pas fait correctement se contentant d'une simple présomption générale que les Polonais accordaient une importance particulière aux valeurs religieuses (catholiques) et que l'attachement à ces valeurs avait déterminé le vote de la majorité

<sup>117</sup> CJCE, 16 juillet 2009, *Pologne c/ Commission*, aff. C-165/08, JOCE n° 220 du 12.09.2009 p.10.

<sup>118</sup> Ladite loi prévoyait notamment que « les semences de variétés génétiquement modifiées ne peuvent être admises sur le marché sur le territoire de la république de Pologne » (art. 57 § 3), interdiction dont la violation donne lieu à sanction pécuniaire (art. 67 § 1).

<sup>119</sup> MICHEL (V.), La Cour arbitre le conflit de valeurs entre la libre circulation des OGM autorisés et la défense de valeurs éthiques et religieuses, Note sous l'arrêt CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-165/08, *Commission c/ Pologne*, *Europe* n° 10, Octobre 2009, comm. 360.

<sup>120</sup> La directive 2001/18/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 12 mars 2001, relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement (JOCE n° L 106, 17 avr. 2001, p. 1) met en place un système commun de dissémination volontaire des OGM fondé, notamment, sur des procédures spécifiques d'évaluation des risques pour l'environnement et sur un principe d'autorisation préalable de la dissémination volontaire, aux conditions fixées par la directive. Cette autorisation est essentielle, car dès sa délivrance « les États membres ne peuvent interdire, restreindre ou empêcher la mise sur le marché d'OGM, en tant que produits ou éléments de produits, qui sont conformes aux exigences de la directive » (art. 22)

<sup>121</sup> CJCE, 16 juillet 2009, *Pologne c/ Commission*, précité, pt 31.

<sup>122</sup> CJCE, 16 juillet 2009, *Pologne c/ Commission*, précité, § 51.

parlementaire. Or, la Cour affirme très nettement que de telles présomptions générales ne sont pas suffisantes pour établir le fait que des considérations religieuses et éthiques sont à l'origine de telles dispositions nationales d'autant plus que la Pologne n'avait pas soutenu cette thèse d'une manière cohérente et solide lors des phases précontentieuse et contentieuse<sup>123</sup>. Reste toutefois une interrogation que la Cour n'a pas levée et « *qui laisse un goût d'inachevé* »<sup>124</sup> : les législations dérogoratoires poursuivant de tels objectifs, éthiques, religieux sont-elles valides et si oui, relèvent-elles du champ d'application de la directive, qui, dans son considérant 9, énonce que « *les États membres peuvent prendre en considération des aspects éthiques lorsque des OGM sont volontairement disséminés ou mis sur le marché* » ou doivent-elles être appréciées au regard de l'article 36 TFUE ? En somme, revendiqué, l'argument religieux au soutien d'une dérogation dans le domaine des OGM n'obtient pas ici de nette confirmation.

## **II- Le traitement « homéopathique » par le droit européen des incompatibilités entre l'exercice de la liberté religieuse et la protection de la santé**

L'influence n'est toutefois pas à sens unique : en retour, le droit européen influence également les conditions dans lesquelles la liberté de religion s'articule avec l'action de soin et l'objectif de protection de la santé. Toutefois, il faut admettre que le droit européen administre aux éventuelles incompatibilités entre la liberté religieuse et la protection de la santé des réponses à des doses faibles voire infinitésimales, bref, très homéopathique. Les limites du contrôle exercé par le juge européen à propos des ingérences nationales à l'exercice de la liberté religieuse au nom de l'impératif de santé en atteste (A) tout comme la rareté et le minimalisme des textes européens relatifs à la conciliation entre liberté religieuse et protection de la santé (B).

### **A- Les limites du contrôle par le juge européen des ingérences nationales dans l'exercice de la liberté religieuse au nom de l'impératif de santé**

Selon l'article 9-2. « *La liberté de manifester sa religion (...) ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». La santé<sup>125</sup> constitue donc clairement en théorie un objectif légitime pouvant justifier une restriction à libre manifestation de sa religion. En pratique, a-t-elle été admise au soutien d'une telle restriction ? Et quelle a été la teneur du contrôle opéré par le juge européen ? Il convient d'abord de constater que très peu de décisions et arrêts peuvent ont été rendus sur la question et que, très rarement (une seule fois à notre connaissance), la protection de la santé a été précisément utilisée pour justifier une ingérence dans l'exercice de la liberté religieuse. Les limites du contrôle opéré par le juge sont donc avant tout conjoncturelles. Cependant, dans ces quelques affaires, force est également d'admettre que le contrôle que le juge européen a choisi d'opérer a été plutôt minimal et au final, dans les cas observés (refus de soins pour des raisons religieuses/ interdiction des signes religieux pour des

<sup>123</sup> Ce qui a d'ailleurs conduit la Cour à reconnaître en partie le recours irrecevable.

<sup>124</sup> MICHEL (V.), La Cour arbitre le conflit de valeurs entre la libre circulation des OGM autorisés et la défense de valeurs éthiques et religieuses, *op. cit.*

<sup>125</sup> Remarquons que le libellé de l'article 9-2 pourrait laisser entendre que seule la santé « publique » pourrait constituer un but légitime pour une ingérence ce qui fait que les facettes les plus intimes, les plus privatives de la santé liées à des croyances religieuses ne seraient pas couvertes...

raisons de santé (?), assez largement protecteur de la liberté et du pluralisme religieux ou encore de la préservation de la laïcité, l'objectif de protection de la santé étant nettement marginalisé.

### ***1- Le contrôle des ingérences nationales en matière de refus de soin ou de vente pour raisons religieuses***

On le sait bien, le refus de soins ou encore le refus de soigner (ou de vendre certains produits) est parfois le corollaire de la liberté de conscience et de religion. Le refus des témoins de Jehovah d'accepter la transfusion sanguine<sup>126</sup> fournit un exemple typique. Or, la question est la suivante : Jehova peut-il résister à Hippocrate ?<sup>127</sup> Autrement formulée, comment articuler ces refus avec l'obligation de soins ? Plus généralement, comment trouver le point d'équilibre entre les convictions religieuses et le refus de certaines pratiques médicales ou pharmaceutiques et l'objectif de protection de la santé ? À deux occasions, le juge européen s'est exprimé en ce domaine, mais n'a exercé qu'un contrôle très limité et finalement peu instructif sur le terrain de la conciliation entre liberté religieuse et protection de la santé.

La première occasion provient de l'affaire Hofman c/ Autriche qui a donné lieu à une décision de la Commission puis d'un arrêt de la Cour le 24 juin 1993<sup>128</sup>. À l'origine des arrêts se trouve une requête dirigée contre l'Autriche par Mme Ingrid Hofman, devenue témoin de Jehovah et qui, après la prononciation de son divorce, avait réclamé l'autorité parentale de ses deux enfants. La requérante reprochait à la Cour suprême d'Autriche d'avoir attribué à son ex époux plutôt qu'à elle-même l'autorité parentale en raison de son appartenance à la communauté religieuse des témoins de Jehovah. La Cour suprême avait en effet considéré que, dans leurs décisions, les juridictions inférieures avaient négligé l'intérêt des enfants et que le refus de la mère de consentir à une transfusion sanguine dont pourraient avoir besoin ses enfants pouvait menacer leur bien être et que dès lors le transfert de l'autorité parentale au père correspondait à leur intérêt. Dans son arrêt, la Cour EDH donne raison à Mme Hofman et conclut à la violation par l'Autriche de la Convention, plus précisément de l'article 8 combiné à l'article 14 relatif au principe de non discrimination. La Cour a en effet constaté qu'il y avait bien eu une différence de traitement et que celle-ci reposait sur la religion. Or, « *nonobstant tout argument contraire, on ne saurait tolérer une distinction fondée pour l'essentiel sur des considérations de religion* »<sup>129</sup>. Cet arrêt appelle plusieurs remarques. D'abord, il faut souligner que le fondement de la solution retenue par la Cour n'est pas directement la liberté religieuse, mais le principe de non discrimination appliqué aux convictions religieuses y compris pour les adeptes d'une religion minoritaire<sup>130</sup>. Il n'est dès lors pas étonnant de voir que l'arrêt a été confirmé alors même que la question du refus de soin n'était pas en jeu<sup>131</sup>. La Cour n'a

<sup>126</sup> Un trait essentiel de leur doctrine est la croyance que les Saintes Ecritures dans leur version originale constituent la parole révélée de Jehovah Dieu et doivent donc s'entendre de manière littérale. Le refus d'accepter les transfusions sanguines se fonde sur un passage des Actes des Apôtres qui énonce que « *l'esprit saint et nous mêmes (devront) (...) s'abstenir des choses sacrifiées aux idoles et du sang* ».

<sup>127</sup> MISTRETTA (P.), Transfusion sanguine : Jehovah ne résiste pas à Hippocrate ! *La Semaine juridique*, Edition G, n° 48, 27 novembre 2002, II 10184.

<sup>128</sup> CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, requête n° 12875/87, série A no 255-C. 151

<sup>129</sup> CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, précité, § 30.

<sup>130</sup> ROLLAND (P.), Le fait religieux devant la CEDH, Mélanges Raymond Goy, *Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*, 1998, pp. 271-285.

<sup>131</sup> CEDH, 16 décembre 2003, *Palau-Martinez c/ France*. Dans cet arrêt, la Cour a condamné la France en raison d'un jugement d'une Cour d'appel retirant à une mère le droit de garde de son enfant au motif qu'elle était témoin de Jehovah pour violation non pas de l'article 9 mais de l'article 8 : La mère avait en effet une vie familiale normale avec ses

donc pas saisi l'occasion de ces affaires pour se prononcer sur la nature du refus de transfusion sanguine par rapport à l'article 9-2, alors même qu'il n'est pas douteux que ce refus constitue une « pratique » religieuse. Deuxième remarque, la Cour ne mène aucune appréciation réelle sur les dangers découlant du refus de toute transfusion sanguine pour les enfants ou du risque de marginalisation sociale. Elle se contente d'énoncer que la cause, à savoir la discrimination du fait des convictions religieuses, n'est pas admissible. La Cour n'a visiblement pas souhaité se lancer dans un bilan dont un certain nombre de données lui échappent ; elle s'en excuse presque en ne niant pas que « *les données invoquées par la Cour suprême d'Autriche à l'appui de sa décision pouvaient faire pencher la balance en faveur d'un parent plutôt qu'un autre* »<sup>132</sup>. Le contrôle de la proportionnalité de la mesure au regard du but, la santé et les droits des enfants, apparaît finalement largement déficitaire, ici remplacé par la confiance manifestée par la Cour aux déclarations de Mme Hoffmann qui s'était dite prête à autoriser l'administration de transfusions sanguines à leur profit dans la mesure autorisée par la loi<sup>133</sup>.

La seconde affaire est l'affaire Pichon et Sajous c/ France du 2 octobre 2001<sup>134</sup>. La Cour avait été saisie par deux pharmaciens qui avaient refusé de délivrer, du fait de leurs convictions religieuses, à certaines clientes des produits contraceptifs qui leur avaient été pourtant prescrits régulièrement par leurs médecins respectifs. Ils avaient fait l'objet d'une condamnation par le tribunal de police confirmée par la Cour d'appel au motif que la référence à des principes d'ordre éthique ou religieux ne saurait constituer un motif légitime de refus de vente de produit contraceptif, aucun texte n'autorisant le pharmacien à refuser de délivrer des produits contraceptifs à la différence de ce qui est prévu pour les médecins, sages femmes et infirmiers en matière de pratiques d'interruption de grossesse. Invoquant l'article 9 de la Convention, les professionnels espéraient obtenir un peu plus de considération devant la Cour de Strasbourg. Toutefois ils n'eurent pas gain de cause, leur requête ayant été jugée irrecevable au terme d'une motivation pour le moins expéditive. La Cour a en effet déclaré que « *dès lors que la vente de ce produit est légale, qu'elle intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies, les requérants ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit* ». Elle rappelle que le droit à la liberté de religion, en tant que question de conscience individuelle, ne garantit pas toujours le droit à se comporter dans le domaine public d'une manière dictée par ces convictions. Le terme « pratiques » au sens de l'article 9-1 ne désigne pas n'importe quel acte ou comportement public motivé ou inspiré par une religion ou une conviction, surtout lorsque « *la manifestation desdites convictions peut s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle* ». Pour ces deux raisons, il n'y avait pas selon la Cour d'interférence avec la liberté de religion<sup>135</sup>. La réponse n'est pas totalement convaincante<sup>136</sup>. D'abord, l'argument selon

---

enfants depuis plus de trois ans et le retrait n'a pas été précédée d'une enquête mais seulement justifiée par des généralités sur les témoins de Jéhovah.

<sup>132</sup> CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, précité, § 33.

<sup>133</sup> CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, précité, § 32.

<sup>134</sup> CEDH, 2 octobre 2001, *Pichon et Sajous c. France*, requête n° 49853/99. LAMACKOVA (A.), *Conscientious Objection in Reproductive Healthcare: Analysis of Pichon and Sajous v. France*, *European Journal of Health Law*, 15 (2008).

<sup>135</sup> RAYNAUD (J.), *Des pharmaciens ne peuvent arguer de leurs croyances religieuses pour refuser de vendre des pilules contraceptives*, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 27, 4 Juillet 2002, 1045.

<sup>136</sup> D'abord, il n'est pas tout à fait convaincant de considérer qu'il n'y aurait aucune interférence avec la liberté de religion parce que les pharmaciens pouvaient manifester leurs convictions par d'autres voies : cet argument en effet ne vaudrait que si les pharmaciens avaient été empêchés d'exercer positivement un acte de foi ; or ici au contraire, ils sont contraints à participer à une opération qui, selon eux, désobéit aux commandements religieux. Surtout, si la Cour

lequel il n'y aurait aucune interférence avec la liberté de religion parce que les pharmaciens pouvaient manifester leurs convictions par d'autres voies ne peut valoir que si les pharmaciens avaient été empêchés d'exercer positivement un acte de foi ; or ici au contraire, ils sont contraints à participer à une opération qui, selon eux, désobéit aux commandements religieux. Surtout, si la Cour avait admis la recevabilité du recours, il n'aurait pas forcément été très facile de justifier la validité de l'atteinte à la liberté. Certes justifiée par l'objectif de santé publique (s'assurer que toutes les femmes qui le désirent puissent trouver la pilule dans leurs pharmacies), l'atteinte ne semble en effet pas forcément proportionnée dans la mesure où les pharmaciens refusant de délivrer la pilule ne sont pas si nombreux. Il aurait été précieux d'obtenir l'appréciation de la Cour sur cette question.

## ***2- Un contrôle des interdictions des signes religieux pour un motif de santé ?***

L'interrogation est la suivante : dans l'abondant contentieux européen relatif aux interdictions des signes religieux, le motif de santé est-il utilisé ? La réponse ne peut être totalement négative. En effet, une affaire renvoie expressément à l'hypothèse d'une interdiction du port d'un signe religieux pour des raisons de santé : il s'agit de l'affaire qui a donné lieu à une décision de la Commission EDH le 12 juillet 1978, *X. c/ Royaume-Uni*<sup>137</sup>. À l'origine de cette affaire, il y avait précisément une obligation imposée par la législation anglaise, pour des motifs de sécurité et de santé, aux conducteurs de moto de porter un casque réglementaire au lieu du turban pour un Sikh. Or, dans cette affaire, a été validée, d'une manière d'ailleurs très expéditive (en quelques lignes), sur le fondement de l'article 9-2, ladite ingérence nationale. A non seulement été admis la licéité d'une législation étatique protégeant l'individu contre lui-même, mais surtout on a assisté à la validation, l'unique, par le juge européen d'une mesure d'interdiction en matière de signes religieux pour des raisons de santé.

Toutefois, il s'agit de la seule décision. Certes, les arrêts relatifs aux mesures françaises d'interdiction du port du foulard en cours d'éducation physique pourraient être cités car les mesures attaquées n'étaient pas sans lien avec l'impératif de santé. Rappelons en effet que l'origine des arrêts *Dogru et Kervanci c/ France*<sup>138</sup> était l'exclusion d'un collège public de jeunes filles refusant d'ôter leur voile dans les cours d'éducation physique et sportive au motif que le port d'un voile, tel le foulard islamique, n'était pas compatible avec la pratique du sport pour des raisons non seulement de sécurité, mais également d'hygiène. Toutefois, dans le raisonnement de la Cour, si l'objectif de santé est évoqué, il n'est que très accessoire au regard d'un autre motif, lui omniprésent, la préservation de la laïcité. La Cour aborde en effet très rapidement la question de la proportionnalité de la mesure au regard des objectifs légitimes, dont l'hygiène, se bornant à considérer que l'interdiction du foulard n'est pas déraisonnable<sup>139</sup>. Au contraire, elle réserve au principe de laïcité un long développement y compris généalogique. Elle note « *qu'en France, comme en Turquie ou en Suisse, la laïcité est un principe constitutionnel, fondateur de la*

---

avait admis la recevabilité du recours, il aurait été pour le moins difficile de démontrer la validité de l'atteinte à la liberté. En effet, si l'atteinte pourrait être justifiée par l'objectif de santé publique en s'assurant que toutes les femmes qui le désirent puissent trouver la pilule dans leurs pharmacies, le test de proportionnalité, toujours très délicat, aurait été plus difficile à remplir dans la mesure où les pharmaciens refusant de délivrer la pilule n'étant pas si nombreux, on pouvait légitimement douter de la proportionnalité de l'atteinte...

<sup>137</sup> Comm. EDH, déc. 12 juill. 1978, *X. c/ Royaume-Uni* : DR 14, p. 234.

<sup>138</sup> CEDH, 4 déc. 2008, *Dogru et Kervanci c. France*, req. n<sup>os</sup> 31645/04 et 27058/05.

<sup>139</sup> CEDH, 4 décembre 2008, *Dogru*, précité, §73.

*République* »<sup>140</sup> et rappelle que, en conséquence, il appartient aux autorités publiques « *de veiller avec une grande vigilance à ce que, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, la manifestation par les élèves de leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires ne se transforme pas en un acte ostentatoire, qui constituerait une source de pression et d'exclusion* »<sup>141</sup>. Cette jurisprudence a d'ailleurs été confirmée à l'occasion de six arrêts plus récents toujours dirigés contre la France dans des affaires similaires<sup>142</sup> alors même que la situation était bien différente puisqu'aucun manquement aux règles de sécurité, hygiène ou assiduité n'était reproché aux élèves concernées qui avaient refusé d'ôter leur foulard dans les cours d'EPS. C'est dire à quel point la véritable explication de la solution jurisprudentielle n'est pas la protection de la sécurité ou de la santé, mais la protection d'un principe désormais revêtu d'une autorité supérieure, quasi-conventionnel<sup>143</sup>, celui de laïcité.

### **B- Le minimalisme des textes européens relatifs à la conciliation entre l'exercice de la liberté religieuse et la protection de la santé**

Si le traitement jurisprudentiel des éventuelles incompatibilités entre la liberté religieuse et la protection de la santé est rare et limité, le traitement conventionnel n'est pas plus développé, bien au contraire. Les textes abordant la question de la conciliation entre ces deux impératifs sont quasiment introuvables. Pour la plupart, ils sont restés à l'état de projet ou prennent la forme d'un simple renvoi au droit national. C'est précisément le cas s'agissant de la question de l'objection de conscience en matière médicale qui, s'appuyant sur les convictions personnelles (et souvent religieuses), permet aux professionnels de la médecine de refuser de prendre part à certains actes médicaux et qui, du même coup, interroge directement l'équilibre entre la liberté religieuse et la protection de la santé. Or, même si cela n'est pas bien connu, l'objection de conscience n'est pas seulement appréhendée par les droits nationaux<sup>144</sup>, mais l'est également par le droit européen, toutefois sous une forme bien minimale qui témoigne de l'impossibilité de faire converger les points de vues en la matière et aboutit à une priorité donnée à la liberté religieuse sur le droit d'accès aux soins.

D'abord, il faut rappeler que dans l'enceinte de l'Union européenne, a été expressément consacrée l'objection en tant que droit, précisément dans l'article 10-2 de la Charte qui énonce que : « *Le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* ». Il faut ici remarquer, et ce n'est pas anodin, qu'il s'agit ici de la reconnaissance d'un droit que la

<sup>140</sup> CEDH, 4 décembre 2008, *Dogru*, précité, § 72.

<sup>141</sup> CEDH, 4 décembre 2008, *Dogru*, précité, § 71.

<sup>142</sup> CEDH, 30 juin 2009, *Aktas ; Bayrak ; Gamaleddyn ; Ghazal ; J. Singh ; R. Singh c. France*, resp. req. n° 43563/08 ; 14308/08 ; 18527/08 ; 29134/08 ; 25463/08 ; 27561/08. DIEU (F.), Le principe de laïcité érigé en valeur de la Convention européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2010-3, p. 749 et s.

<sup>143</sup> DECAUX (E.), Chronique d'une jurisprudence annoncée : laïcité française et liberté de religion devant la CEDH, *RTDH*, 2010/82, pp. 252-268. L'arrêt *Lautsi* de la CEDH du 3 octobre 2009 (affaire des crucifix dans les établissements scolaires publics d'Italie) manifeste bien cette quasi « conventionnalisation » jurisprudentielle (issue de la jurisprudence de la CEDH et non de la Convention elle-même) du principe de laïcité en imposant à tous les États une très large obligation d'abstention confessionnelle.

<sup>144</sup> Voir l'article L. 2212-8 CSP en matière d'avortement. Voir plus généralement l'article 47 du code de déontologie médicale, aux termes duquel « le médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles », sous réserve des cas d'urgence ou de manquement aux devoirs d'humanisme ou d'assistance. Et la même faculté est reconnue aux sages-femmes (C. déont. méd., art. 28) et aux chirurgiens-dentistes (C. déont. méd., art. 26).

Convention européenne ne garantit pas même si la revendication a déjà été formulée au plan européen<sup>145</sup>. Certes, ce droit, ce que rappellent bien les explications de la Charte, correspond aux traditions constitutionnelles nationales et à l'évolution des législations nationales sur ce point. Il n'en reste pas moins que cette inscription est intéressante en ce qu'elle démontre la prise en considération par le droit de l'Union des convictions, y compris religieuses. Cependant, le droit qui en découle est libellé d'une manière pour le moins prudente puisqu'il est « reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ». La formulation est très peu contraignante pour les Etats puisque ceux qui ne souhaitent plus le reconnaître peuvent très bien l'assujettir à des conditions restrictives qui le rendraient inconsistant.

Au sein du Conseil de l'Europe, la question a été également débattue. Préoccupée par la montée en puissance de la pratique de l'objection de conscience dans le domaine des soins de santé, surtout de la santé reproductive, dans de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe<sup>146</sup>, l'Assemblée parlementaire avait confié à l'une de ses députés, le soin de proposer un rapport. Mme McCafferty, député socialiste britannique, a déposé en juillet 2010 ce rapport<sup>147</sup> dont le contenu, ambitieux, proposait d'encadrer l'objection de conscience afin de le concilier avec le droit à l'accès à des soins légaux. Le rapport invitait en effet « *les États membres à élaborer des réglementations exhaustives et précises définissant et réglementant l'objection de conscience eu égard aux soins de santé et aux services médicaux, y compris les services de santé génésique (c'est-à-dire d'avortement volontaire), ainsi qu'à mettre en place un dispositif de supervision et de suivi de l'objection de conscience* »<sup>148</sup>. Le rapport était d'autant plus ambitieux qu'il ne se contentait pas de cette « invitation », mais énonçait les éléments principaux des réglementations à élaborer au plan national. Il était d'abord prévu que le droit à l'objection de conscience ne pourrait être garanti qu'au bénéfice des personnes prestataires de soins de santé directement concernées par la procédure médicale en question, et non aux institutions publiques/de l'État, comme les hôpitaux publics et les cliniques dans leur ensemble. Ensuite, le rapport recommandait que ces prestataires de soins de santé soient obligés d'informer les patients de toute objection de conscience et de fournir des informations aux patients sur toutes les options de traitement possibles (y compris si ces informations incitaient les patients à poursuivre un traitement auquel le prestataire de soins de santé est opposé). Enfin, selon le rapport, ces réglementations devaient obliger le prestataire de soins de santé à administrer au patient le traitement qu'il souhaitait, malgré son objection de conscience, dans deux hypothèses, en cas d'urgence (et de menace sur la santé ou la vie du patient), ou lorsqu'il n'est pas possible de diriger le patient vers un autre prestataire de soins de santé (en particulier en l'absence de praticien équivalent à une distance raisonnable).

Sans surprise, au regard de ces éléments, ce document a reçu un accueil très contrasté, extrêmement réservé de la part de plusieurs députés, notamment irlandais ou italiens, qui se sont mobilisés contre

---

<sup>145</sup> La Commission avait bien relevé que l'article 9 ne garantit pas en tant que tel le droit à l'objection de conscience : Commission, 5 juillet 1977, 7705/76, DR 9/96 et 11 octobre 1984, 10410/03, DR 40/212.

<sup>146</sup> Doc. 11757, 14 octobre 2008, Accès des femmes à des soins médicaux légaux : problème du recours non réglementé à l'objection de conscience, Proposition de résolution présentée par Mme Hägg et plusieurs de ses collègues.

<sup>147</sup> Doc. 12347, 20 juillet 2010, Accès des femmes à des soins médicaux légaux : problème du recours non réglementé à l'objection de conscience, Rapport, Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, Rapporteur: M<sup>me</sup> Christine McCafferty, Royaume-Uni, Groupe socialiste.

<sup>148</sup> Pt 4-1 du Rapport.



son adoption. L'offensive a même été particulièrement radicale<sup>149</sup>, à un point d'ailleurs rarement observée. Elle s'est en tous les cas révélée efficace puisqu'elle a permis un retournement complet de la teneur du rapport. C'est en effet un texte très différent qui a finalement été adopté, à une très courte majorité<sup>150</sup>, le 7 octobre 2010 dernier<sup>151</sup>, pas une seule phrase ne restant du projet initial. Il s'agit d'abord d'une simple résolution et non d'une recommandation dont l'intitulé même a été « neutralisé » puisqu'il est devenu « le droit à l'objection de conscience dans le cadre de soins médicaux ». Surtout, tout à fait contrairement à ce qui était proposé, le texte légitime et renforce l'objection de conscience amenant même Christine McCafferty, à l'origine du rapport, à voter contre ce texte. Rappelant que dans la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, la pratique de l'objection de conscience par les professionnels de la santé fait l'objet d'un encadrement juridique et politique exhaustif et précis, qui permet d'assurer que les intérêts et les droits tant des prestataires de soins de santé que des individus soient respectés, la résolution affirme désormais : *« Nul hôpital, établissement ou personne ne peut faire l'objet de pressions, être tenu responsable ou subir des discriminations d'aucune sorte pour son refus de réaliser, d'accueillir ou d'assister un avortement (...) Il en est de même pour toute intervention visant à provoquer la mort d'un fœtus ou d'un embryon humain, quelles que soient les raisons »*. Cette formule reconnaît donc non seulement l'objection de conscience individuelle mais aussi le particularisme de certains établissements. Bref, on le voit, si l'objection de conscience a été au centre d'un débat au sein du Conseil de l'Europe, pour l'heure, elle fait l'objet d'un traitement pour le moins protecteur de la liberté de religion, l'objection étant à peine écornée et ce même si, épisodiquement, les répercussions négatives sur la santé sont ici ou là rappelées...

\*\*\*

Effet anesthésiant, traitement homéopathe, il faut bien avouer que les relations que la religion, la laïcité et la santé entretiennent en droit européen ne sont, pour l'heure, pas des plus fertiles. En d'autres termes, si le droit européen et le fait religieux entretiennent des relations denses, ces relations n'ont, dans le champ de la santé, pour l'heure qu'une portée limitée et le plus souvent neutralisante. Toutefois, il pourrait, à l'avenir, en être autrement. De ce point de vue, les potentialités du principe de non discrimination<sup>152</sup> pourrait se révéler tout à fait importantes et conduire le droit européen à « entrer » dans les hôpitaux, pour s'intéresser notamment à l'obligation de neutralité du personnel soignant ou encore à l'égalité de traitement dans l'accès aux soins... même, si pour l'heure<sup>153</sup>, et pour des raisons essentiellement techniques<sup>154</sup> aucune directive de l'Union ne protège d'une discrimination fondée sur la religion dans l'accès aux soins.

<sup>149</sup> Ces députés ont essayé de démontrer que les auditions avaient été menées à charge contre l'objection de conscience ou que les données fournies dans le rapport étaient approximatives et biaisées et ont déposé pas moins de 91 d'amendements ayant pour but de vider la proposition.

<sup>150</sup> Le vote a eu lieu alors même que la majorité des membres de l'Assemblée parlementaire étaient absents. Finalement, 56 voix pour et 51 contre.

<sup>151</sup> Résolution 1763 (2010), Le droit à l'objection de conscience dans le cadre des soins médicaux légaux.

<sup>152</sup> Voir l'article 14 de la Convention, voir l'article 2 et 3 TUE (valeurs de l'Union) ; voir surtout les articles 10 et 19 TFUE ; voir enfin l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

<sup>153</sup> Cela pourrait changer car la Commission a déposé une proposition de directive le 2 juillet 2008 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle. L'objet de cette proposition est de compléter le cadre juridique existant, qui ne prohibe la discrimination fondée sur la religion qu'en ce qui concerne l'emploi, le travail et la formation professionnelle en prévoyant des interdictions de discrimination dans d'autres domaines que l'emploi, en particulier la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé. Pour l'heure, le Conseil n'a toujours pas adopté ladite

---

proposition qui requiert l'unanimité des Etats.

<sup>154</sup> En l'occurrence, cette lacune provient de la différence de champ d'application entre deux directives, la directive 2000/43 qui protège contre les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique dans plusieurs domaines dont la santé (mais n'évoque pas la religion) et la directive 2000/78 (portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail) qui organise une protection contre la discrimination fondée sur la religion, mais uniquement en ce qui concerne l'emploi, le travail ou la formation professionnelle.