
LA LIBERTÉ DE RELIGION AUX TEMPS DU CORONAVIRUS

Webinaire, 24 juin 2020

L'état d'urgence sanitaire lié à la pandémie de COVID-19 et décrété dans l'immense majorité des pays européens a créé une situation tout à fait inédite notamment dans ses conséquences au regard des libertés publiques et des droits fondamentaux. Spécialement, la liberté de religion, entendue dans sa dimension collective, a été considérablement restreinte, durant la période de confinement, restrictions justifiées par la nécessité impérieuse de limiter la propagation du virus. Certes, la liberté religieuse, dans sa dimension intérieure, et qui est par essence absolue n'est nullement atteinte. Certes encore, on peut considérer comme le ministre de l'Intérieur français que « La prière n'a pas forcément besoin de lieu de rassemblement » (13 mai 2020). Toutefois, « croire, c'est croire ensemble » (Paul Ricoeur) et en décidant que les rassemblements liés au culte puissent être temporairement interdits, le vivre-ensemble religieux a été mis à mal.

Il s'agit de s'interroger, dans une perspective comparée, sur les mesures prises par certaines autorités étatiques, en mettant en tension la nécessité de préserver la santé publique et les conséquences sur l'exercice de la liberté fondamentale de religion, notamment s'agissant des cérémonies cultuelles, alors même qu'au niveau de l'engagement à respecter la Convention européenne des droits de l'homme aucune dérogation au titre de l'article 15 n'a été notifiée par les États choisis pour cette approche comparative.

De manière complémentaire, les mesures sanitaires, précisément les gestes barrière, emportent un changement de paradigme dans la compréhension du vivre-ensemble.

Les dérogations à la CEDH : la question de l'article 15 – Sébastien Van Drooghenbroeck

La liberté de religion en Espagne au temps de la pandémie – Javier Martinez Torron

La liberté de religion en Belgique au temps de la pandémie – Louis-Léon Christians

La liberté de religion en Italie au temps de la pandémie – Alessandro Ferrari

La liberté de religion en Allemagne au temps de la pandémie – Bernhard Kresse

La liberté de religion en France au temps de la pandémie – Gérard Gonzalez

Le « vivre ensemble » dans tous ses états – Lauren Bakir

LA LIBERTÉ DE RELIGION AUX TEMPS DU CORONAVIRUS

Webinaire, 24 juin 2020

DÉROGATION ET LIBERTÉ DE RELIGION : QUESTIONS D'UTILITÉ ET D'ADMISSIBILITÉ

Sébastien VAN DROOGHENBROECK

Professeur à l'Université Saint-Louis-Bruxelles

Professeur invité à l'Université Paris 2 (Panthéon Assas)

Assesseur au Conseil d'État de Belgique

Préfaçant la thèse de doctorat dédiée par R. Ergéc au thème des *Droits de l'Homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, le Procureur général J. Velu écrivait ce qui suit :

« Le droit ne peut prétendre régenter les comportements que si l'idéal qu'il propose aux hommes ne relève pas de l'utopie. Il y va de sa crédibilité et de l'effectivité de sa fonction sociale. Faire prévaloir absolument en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, le respect des règles ordinaires sur les intérêts vitaux de la nation serait vouer de manière certaine le droit à la violation et l'État démocratique, à l'anéantissement »¹.

L'article 15 de la Convention européenne, qui autorise la mise entre parenthèses de certaines garanties conventionnelles en période de crise, serait donc un « moindre mal nécessaire ». Dans certaines hypothèses, la démocratie doit pouvoir sortir d'elle-même pour que puissent être restaurées les conditions de son maintien et de son épanouissement². Il ne serait pas judicieux de nier la nécessité d'un tel « passage à la limite » – le « réfoulé » fera nécessairement retour – ; il est tout au contraire impérieux d'en reconnaître l'existence pour encadrer au mieux, par des conditions de fond, de forme et de procédure, cette mise entre parenthèses temporaire de la normalité démocratique. La Convention européenne des droits de l'Homme, au même titre que d'autres instruments de protection des droits de l'Homme et que moult constitutions de démocraties au-

¹ J. Velu, Préface à R. Ergéc, *Les droits de l'Homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. VII

² Comme le souligne la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *Sahin Alpay c. Turquie* du 20 mars 2018 (§ 180), « même en cas d'état d'urgence, qui est (...) un régime légal dont le but est de retour au régime ordinaire en garantissant les droits fondamentaux (...), les États contractants doivent garder à l'esprit que les mesures à prendre doivent viser la défense de l'ordre démocratique menacé et ils doivent tout faire pour protéger les valeurs d'une société démocratique, comme le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »

dessus de tout soupçon³, a donc fait sienne la modestie du roseau de la fable : savoir plier momentanément pour ne pas rompre définitivement.

Les quelques évidences qui précèdent ont été, au cours des dernières semaines, au centre de la controverse. Sans doute parce que les professeurs d'université ont retrouvé du temps pour l'écriture à défaut de pouvoir se rendre sur leur lieu de travail, les blogs se sont quelque peu échauffés, tant en français⁴ qu'en anglais⁵. L'objet de cette brève contribution sera, sur un mode quelque peu provocateur, de mettre encore un peu d'huile sur le feu, et même d'allumer un nouveau foyer. Il sera question, non pas de la dérogation au droits fondamentaux en général, mais bien de la dérogation à la liberté de religion en période COVID 19, en particulier. Deux thématiques émergent, étant étroitement liées l'une à l'autre : celle de l'utilité d'une telle dérogation (I), et celle de son admissibilité (II).

I. « Dérogation » et « restriction » : un doublon inutile ?

Quelques données factuelles sommaires pour démarrer⁶. Depuis mars 2020, dix états parmi les quarante-sept parties à la Convention européenne des droits de l'Homme ont notifié au Secrétaire général du Conseil de l'Europe une dérogation en application de l'article 15 de cette Convention : l'Albanie, l'Arménie, l'Estonie, la Géorgie, la Lettonie, la Macédoine du Nord, la Moldova, la Roumanie, Saint-Marin, et la Serbie.

Il n'est pas douteux que le Covid 19 a créé une situation qualifiable de « danger public menaçant la vie de la nation », au sens de cet article 15, en sorte que l'usage de la dérogation ne peut être contesté en son principe⁷. Plus avant, il est intéressant de noter que, parmi les dispositions conventionnelles qui ont ainsi été « ciblées » par les dérogations introduites, l'article 9 – la liberté de religion – n'est jamais mentionné explicitement. Par contre, l'article 11 (liberté de réunion) l'est très fréquemment, et les cérémonies religieuses et funéraires se trouvent parfois explicitement répertoriées parmi les rassemblements qui se verront ainsi « touchés » par les mesures dérogatoires⁸. Dix états : c'est déjà beaucoup. Dans les annales conventionnelles, jamais autant de dérogations n'avaient coexisté simultanément. Mais qu'en est-il des trente-sept autres ? Ils n'ont pour leur part pas notifié de dérogation. Pourtant, ils ont souvent – par exemple s'agissant des limitations aux rassemblements – adopté de manière confiante et la conscience apparemment parfaitement tranquille, *des mesures rigoureusement identiques à celles des états « dérogeants »*. Le même constat peut être fait au niveau du Pacte, où « seuls » treize états parmi les cent septante-trois parties ont activé l'article 4.

Étrange. Faut-il déduire que les États « dérogeants » ont été inutilement prudents, en ce sens qu'ils pensent « suspendre » les droits fondamentaux, au sens de l'article 15, alors qu'ils ne font en réalité que les « restreindre », conformément à ce que permet le droit commun des §§ 2 des articles 8 a 11 et 2 du quatrième protocole additionnel à la Convention ? Ou faut-il conclure, tout à l'inverse, que ce sont les États « non-dérogeants » (comme la France, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Italie,

³ Voy. p. ex., V. Souty, *La constitutionnalisation des pouvoirs de crise – Essai de droit comparé*, thèse, Université de Paris 3, Sorbonne nouvelle, 2015. Voy. ég. Direction de l'initiative parlementaire et des délégations, « Législation comparée – Le régime de l'état d'urgence (Allemagne, Italie, Espagne, Belgique, Portugal, Royaume-Uni) », Note réalisée à la demande de Mr. Philippe Bas, Mars 2016, LC 264, Sénat français, consultable sur <https://www.senat.fr/lc/lc264/lc264.pdf>

⁴ En langue française, on consultera entre autres <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/>

⁵ En langue anglaise, on consultera entre autres <https://strasbourgobservers.com>

⁶ Nous renvoyons pour le surplus à l'analyse très détaillée de M. Afroukh, « Covid-19 et droit de dérogation : les réponses du droit international des droits de l'homme », *RDLF*, 2020, Chron., n° 40

⁷ C'est ce que reconnaît du reste implicitement le document d'information « Respecter la démocratie, l'État de droit et les droits de l'Homme dans le cadre de la crise sanitaire COVID-19. Une boîte à outils pour les États membres », édité par le Secrétariat général du Conseil de l'Europe (SG/Inf(2020) 11), 7 avril 2020, consultable sur <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecter-la-democratie-l-etat-de-droit-et-les-droits-d/16809e1f3f>

⁸ Voy. p. ex. la note verbale de la Lettonie, 16 mars 2020, consultable sur <https://rm.coe.int/09000016809ce9f2>

l'Espagne) qui ont été indûment téméraires, dès lors qu'ils pensent ne « restreindre » les droits fondamentaux conformément au droit commun, alors qu'en réalité il les « suspendent » bel et bien *de facto*, ce qu'ils ne pourraient faire que moyennant une activation de l'article 15 en bonne et due forme (dérogation *de jure*) ? Ou bien faut-il constater, comme à l'issue d'une célèbre émission de Jacques Martin dans les dimanches après-midi d'antan, que « tout le monde a gagné », que tout le monde a raison, parce que, fondamentalement, il n'y aurait pas d'autres différences que purement rhétoriques et symboliques entre la « suspension » et la « restriction » aux droits fondamentaux : les mêmes mesures de confinement – par exemple les interdictions de cérémonies religieuses – pourraient parfaitement survivre au contrôle de conventionnalité, *soit* sur le fondement d'un article 15 invoqué en bonne et due forme, *soit* sur le fondement de l'article 11 § 2 ?

La question ainsi posée est d'un enjeu considérable, entre autres pour les États qui, comme la Belgique, ne connaissent pas de régime d'exception dans leur droit constitutionnel interne⁹. Selon l'article 187 de la Constitution belge, celle-ci ne peut être suspendue « en tout, ni en partie ». Un régime d'exception législatif a certes été admis du bout des lèvres constitutionnelles, mais il ne concerne que l'état de siège et l'état de guerre¹⁰. Pour toute autre forme d'urgence, le droit constitutionnel belge n'offre que les ressources de la *restriction*, et l'article 53 de la Convention ferait donc par principe obstacle à ce que l'on force le cadre constitutionnel par une invocation de l'article 15¹¹.

Nous sommes ici au milieu du premier feu. En France, l'on vise la controverse, récemment résumée par G. Gonzalez dans la *Revue de droits et libertés fondamentaux*¹², entre ceux qui estiment que la République aurait dû invoquer l'article 15, car la situation est bien celle d'une *suspension* de certains droits, et ceux qui estiment que le droit commun des restrictions, pivotant autour d'un principe de proportionnalité très compréhensif, peut suffire à justifier ce qui a été fait.

Ainsi, et selon F. Sudre¹³,

« Les mesures restrictives des droits et libertés adoptées au titre de l'état d'urgence sanitaire – sous l'appellation générique de confinement – débordent manifestement, par leur ampleur inédite et leur généralité (toute la population, tout le territoire), le régime conventionnel ordinaire des restrictions aux droits et relèvent, à notre sens, du régime des dérogations, en particulier si elles s'étendent dans le temps. La liste, non exhaustive, des droits protégés par la Convention dont l'exercice est limité ou suspendu est impressionnante : droit au respect de la vie privée et familiale, droit au respect du domicile, droit à la sépulture, droit d'exercer une activité professionnelle (*art. 8*) ; liberté de manifester sa religion (*art. 9*) ; liberté de réunion et d'association (*art. 11*) ; droit au respect de ses biens, droit à l'instruction (*Prot. 1, art. 1 et 2*) ; liberté de circulation (*Prot. 4, art. 2*) »

Toujours selon le même auteur¹⁴,

« L'état d'urgence avec article 15 aurait entraîné la suspension *de lege* de la Convention (à l'exception des droits intangibles) ; l'état d'urgence sans article 15 emporte la suspension *de facto* de la Convention (avec la même exception). Dans l'un et l'autre cas, la Convention offre une protection très réduite face aux mesures exceptionnelles prises au titre de l'urgence sanitaire. Le recours à l'article 15 aurait eu le mérite de dire les choses clairement et de mettre le droit en accord avec la réalité. Il reste la réalité »

⁹ Sur les régimes d'exception en Belgique, voy. J. Velaers et S. Van Drooghenbroeck, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les États d'exception », *Uitzonderlijke omstandigheden in het grondwettelijk recht*, sous la dir. de E. Vandenbossche, Bruges, La Charte, 2019, pp. 1 et suiv.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 8 et suiv.

¹¹ *Ibid.*, p. 35

¹² G. Gonzalez, « L'article 15 de la Convention européenne à l'épreuve du Covid 19 ou l'ombre d'un doute », *RDLF*, 2020, chron. 43

¹³ F. Sudre, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2020.510

¹⁴ F. Sudre, « La Convention EDH face au Covid-19 : dépasser les apparences », <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/>

A l'opposé, S. Touzé¹⁵ écrit que « La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation... ».

Pour T. Renoux,

« (...) les mesures de confinement, bien que d'ampleur et de généralité sans précédent, peuvent se concevoir en tant que restriction et non pas en tant que dérogation par rapport à la liberté de circulation (article 2 du Protocole 4 à la CESDH....). Dans le cadre de son contrôle normal de la liberté de circulation, droit susceptible de limitations "nécessaires dans une société démocratique", la Cour européenne va rechercher si, en "situation d'urgence", les mesures moins intrusives se sont montrées inefficaces dans la lutte contre la propagation du Covid-19 et si elles ne sont en vigueur qu'aussi longtemps que la situation l'exige (...). Par suite, à elles seules, des mesures de confinement généralisé ne semblent pas susceptibles, d'engager la responsabilité de la France en absence de dérogation prévue à l'article 15. L'arrêt Oliveira (...) montre que la Cour est capable de prendre en compte le caractère exceptionnel de la situation exigeant une protection accrue de la santé publique »¹⁶

La même controverse peut être aperçue dans le monde anglo-saxon : toujours en caricaturant, s'y opposent la thèse de ceux qui, à l'instar de Konstantsin Dzehtsiarou¹⁷, ou encore Martin Scheinin¹⁸, estiment que le « droit commun » peut « faire le job », et la position de ceux qui, à l'instar de A. Greene, considèrent qu'il convient d'appeler un chat un chat, d'oublier le spectre de Carl Schmitt et d'activer en bonne et due forme l'article 15 de la Convention pour faire face au Covid 19. Pour reprendre les termes de l'auteur :

« draconian measures taken in response to a crisis are no less dangerous simply because they are not expressly labelled as emergency powers or are taken under the assumption that they are compatible with the ordinary requirements of human rights law. If anything, these measures are more dangerous as they are not expressly quarantined to exceptional situations. Refusing to call a spade a spade does not make it any less of a spade »¹⁹

Voilà donc le premier feu. Nous y mettrons un peu d'huile. D'un point de vue juridique, il serait en effet *a priori* inconvenant de devoir conclure que, en réalité, le droit commun des « restrictions » aux

¹⁵ S. Touzé, « La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation... », <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/>

¹⁶ T. Renoux, « Pas de mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/>

¹⁷ K. Dzehtsiarou, « COVID-19 and the European Convention on Human Rights », <https://strasbourgobservers.com> : « According to Article 15, all substantive rights of the Convention are divided into derogable and non-derogable. The latter ones can never be derogated from and include the right to life, prohibition of torture, prohibition of slavery and retrospective implementation of criminal punishment. Therefore, Article 15 derogations will have absolutely no impact on these rights. However, I argue that the impact of Article 15 will be very limited on all other rights as well. Articles 8-11 allow limitations for protection of health and public order even without any emergency. However, these limitations need to be legal and proportionate. Article 15 might help to overcome the legality requirement and loosen the scrutiny in proportionality analysis but the practical impact of Article 15 might be very limited. In terms of legality – most states make some form of emergency legislation and this will perhaps satisfy the Court to accept that these measures are legal. That said, national laws that transfer unlimited powers to the executives might be deemed unlawful under the Convention but Article 15 derogation will not be able to convert an unlawful action into a lawful one in this context. In relation to proportionality – the extent of pandemic is such that fairly restrictive measures will nevertheless fall within the scope of allowed limitations ».

¹⁸ M. Scheinin, "COVID-19 Symposium: To Derogate or Not to Derogate?", <https://opiniojuris.org/2020/04/06/covid-19-symposium-to-derogate-or-not-to-derogate/> : « Hence, my answer to Alan Greene is: we can both have our cake and eat it. One can insist on the principle of normalcy and on full respect for human rights. What can be done under the framework of permissible restrictions, should be preferred. If those available options prove insufficient during COVID-19, then it is better to derogate than not to derogate ».

¹⁹ A. Greene, "States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic", <https://strasbourgobservers.com>.

droits fondamentaux permet, à des conditions relativement identiques, de faire la même chose, ni plus ni moins, que ce que permet de faire l'article 15 de la Convention, en sorte que le choix du fondement juridique serait – en dehors de toute considération symbolique et de reconnaissance politique – parfaitement indifférent sur le plan pragmatique. La Convention européenne des droits de l'Homme doit en effet, selon la formule classique de la Cour, être interprétée comme un « tout cohérent »²⁰. Les auteurs de la Convention doivent être réputés rationnels, et ne doivent donc pas être présumés avoir fait quelque chose de somptuaire et décoratif en insérant l'article 15 dans la Convention. C'est le principe de l'effet utile : l'article 15 de la Convention doit nécessairement être présumé, en cas de danger public menaçant la vie de la nation, permettre de « faire quelque chose de plus » que ce que permettent de faire, en temps « normal », les exceptions et restrictions autorisées aux droits garantis²¹. Fort bien. Mais qu'est-ce que précisément, ce « quelque chose de plus » ? Rusen Ergec, dans sa thèse de doctorat précitée²², répondait à cette question en affirmant que la dérogation, étant une suspension totale des garanties conventionnelles, permet de porter atteinte à la *substance même* des droits concernés, alors que les simples restrictions, quant à elles, doivent laisser cette « substance » intacte²³. Ici se situeraient la « performance » de l'article 15, et l'utilité pragmatique d'y recourir. La proposition est séduisante *a priori*, mobilisant une catégorie juridique – la notion d'« intangibilité de la substance » – qui, loin s'en faut, n'est pas étrangère, ni au droit des droits de l'Homme en général (songeons par exemple à l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne), ni au droit de la Convention en particulier²⁴. Une question surgit cependant, de manière immédiate : cette notion de « substance », malgré sa nécessité théorique, est-elle concrètement opérationnelle ? C'est ici que les choses se gâtent un petit peu. Dans une contribution récente co-rédigée avec Cecilia Rizcallah²⁵, nous nous sommes permis de convoquer Coluche pour approcher la « substance » des droits fondamentaux dans la Convention. « Dieu, c'est comme le sucre dans le lait chaud », écrivait l'humoriste. « Il est partout et on ne le voit pas... et plus on le cherche, moins on le trouve ». La substance des droits fondamentaux se présente sous un jour largement identique. Le système Convention postule de manière nécessaire son existence. Mais son identification concrète, au-delà des mots, est une source de puissantes céphalées juridiques. Quand peut-on dire qu'il y a une atteinte à la « substance » d'un droit, que seule une dérogation en bonne et due forme, à la condition qu'elle soit strictement nécessaire, pourrait justifier ? Dans la littérature allemande, il est enseigné qu'il y a atteinte à la substance d'un droit lorsqu'il n'« en reste rien », lorsqu'il est porté atteinte à sa *quiddité*, lorsqu'il n'est plus reconnaissable. La représentation pratique de cette situation est cependant chose difficile. Pour certains droits fondamentaux, on peut encore facilement s'accorder²⁶ : il y a atteinte à la substance du droit de vote lorsque l'on ne vote pas ; il y a atteinte à la substance du droit d'accès à un tribunal lorsqu'aucune juridiction ne peut être saisie. Mais s'agissant d'autres droits fondamentaux, dont l'exercice comporte des déclinaisons multiples et variées, la tâche est beaucoup plus ardue²⁷. La fermeture obligatoire des établissements d'enseignement supérieur, pendant plus de trois mois, porte-t-elle atteinte à la substance de la liberté d'enseignement ? Oui diront certains. Non répondront d'autres : il y a en effet l'alternative de l'enseignement à distance. Il en « reste » encore quelque chose ; on reconnaît encore la liberté. La fermeture ne serait donc pas une dérogation – que seule pouvait justifier l'article 15, mais bien une restriction – susceptible d'être validée par les seules ressources du « droit commun ». La fermeture des lieux de culte soulève une question du même ordre, ainsi que le laisse apercevoir le texte d'accroche du présent séminaire. Pour le ministre de l'Intérieur français, « la prière n'a pas forcément besoin de lieu de rassemblement, où on ferait courir un risque à l'ensemble de sa communauté religieuse ». Dans cette optique, il n'y a pas de

²⁰ Cour eur. D. H., arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, § 68

²¹ Voy. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant/FUSL, 2001, pp.

²² R. Ergec, *Les droits de l'Homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 33-35

²³ *Ibid.*, p. 35

²⁴ Voy. au demeurant P. Wachsmann, « Les libertés et les mesures prises pour lutter contre la propagation du Covid-19 : sanctuariser le noyau dur des libertés », <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/>

²⁵ S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, « The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk? », *German Law Journal*, 2019, Vol. 20, Special Issue 6, pp. 904-923.

²⁶ Voy. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité...*, *op. cit.*, pp. 473-474

²⁷ *Ibid.*

suspension totale de la liberté de religion car, malgré l'interdiction des rassemblements, « il en reste quelque chose ». Autre sera la perspective si, dans les mots de P. Ricoeur, on considère que, « croire, c'est croire ensemble ». Dans ce cas, l'interdiction durable de rassemblements rend largement méconnaissable la liberté de religion, porte atteinte à sa *quiddité*, et la suspend – ce qui ne peut se concevoir que moyennant une dérogation.

Que penser ? A notre estime – mais cela mériterait certainement d'être mis au débat -, les difficultés d'opérationnalisation de la notion de « substance » des droits fondamentaux, et de la distinction entre « restriction » et « dérogation » à ces droits, ne doivent pas justifier le geste purement pragmatique qui consisterait à fondre toutes ces catégories juridiques dans un magma indistinct. L'idée que certains actes ne peuvent pas être justifiés par le droit commun des restrictions, mais ne peuvent l'être qu'au bénéfice d'une dérogation, doit être maintenue comme *horizon régulateur* dans la matière des droits de l'Homme et ce, pour éviter l'entropie généralisée. Il y a en effet un risque évident à voir le « droit commun », et ses très malléables concepts d'« intérêt général » et de « proportionnalité », tirés à hue et à dia pour absorber l'exceptionnel, véhiculer toutes les mesures imaginables, et ainsi « normaliser » l'anormal, qui plus est de manière permanente²⁸. L'idée a été très bien exprimée, tant en français qu'en anglais. Selon A. Greene, le refus d'entrer dans la logique de dérogation risque de niveler par le bas la protection des droits de l'Homme²⁹. G. Gonzalez, pour sa part, estime que « sous peine de perdre sa “mesure”, le principe de proportionnalité ne peut être malléé au risque de ressembler aux montres molles de Salvador Dali et d'abaisser, peut-être durablement, le niveau de contrôle de la Cour européenne »³⁰. Nous nous risquerons, pour notre part, à une métaphore météorologique : A ne pas vouloir reconnaître un « droit conventionnel du mauvais temps » nettement distinct et étanche du « droit conventionnel du beau temps », on risque de se retrouver avec du droit conventionnel du « temps variable » – comme le temps belge -, où les standards de protection auront été nivelés par le bas pour rester « tous terrains ».

II. La dérogation à la liberté de religion : entre la Convention et le Pacte

À supposer que cela soit utile, peut-on déroger à la liberté de religion ? Si l'on contemple le seul article 15 de la Convention, la réponse est sans conteste affirmative : l'article 9 n'y est pas répertorié dans la liste des droits indérogeables. Mais en replaçant les choses dans la réalité plus vaste et complexe d'un droit des droits de l'Homme à « niveaux multiples », l'image se trouble. L'article 15, § 1^{er}, dernière phrase, de la Convention, prévoit en substance que la dérogation y autorisée ne permet pas à l'État de prendre des mesures en contradiction avec ses autres obligations internationales. Il ne s'agit là que d'une *lex specialis* du principe plus général dit « de la clause la plus favorable », contenu à l'article 53 de l'instrument conventionnel. L'article 15 ne saurait être donc être invoqué pour permettre à un État de faire ce que lui interdit un autre engagement international auquel il a parallèlement souscrit³¹. C'est ici que le bât blesse : la liberté de religion est, dans le système du Pacte international relatif aux droits civils et politiques cette fois-ci, un droit « indérogeable ». L'article 18 du Pacte est en effet bel et bien visé par l'article 4 de celui-ci. Au vrai, la systématique du Pacte ne saute pas immédiatement aux yeux sur ce point précis. Il peut être dérogué à la liberté d'expression (article 19 du Pacte), mais pas à la liberté d'expression religieuse (art. 18 du Pacte). Il peut être dérogué à la liberté de réunion (art. 21 du Pacte), mais pas à la liberté de réunion religieuse (article 18 du Pacte). Sans doute dira-t-on que l'incohérence pratique est, à tout le moins pour les

²⁸ Voy. J. Velaers et S. Van Drooghenbroeck, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les États d'exception », *Uitzonderlijke omstandigheden in het grondwettelijk recht*, sous la dir. de E. Vandenbossche, Bruges, La Charte, 2019, pp. 35-40

²⁹ A. Greene, « States should », *op. cit.*, « Far from protecting human rights, arguing against the necessity for derogations to ensure lockdowns are compatible with the ECHR recalibrates the protection of rights downwards in order to accommodate lockdown measures under the ostensible banner of 'normalcy' »

³⁰ G. Gonzalez, « L'article 15 de la Convention européenne à l'épreuve du Covid 19 ou l'ombre d'un doute », *RDLF*, 2020, chron. 43

³¹ Comp. P. Kempees, *Thoughts on Article 15 of the European Convention on Human Rights*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2017, p. 86 : “As a matter of common sense, it must be a mistake to interpret ‘other obligations under international law’ so as to import into Article 15 substantive provisions from other human rights treaties offering greater protection than the Convention itself (...)”

droits du *for externe*, réduite par la possibilité de *restreindre* la liberté de religion, conformément à ce qu'autorise l'article 18, § 3. Comme le Comité l'énonce lui-même dans son observation générale n° 29 (2001)³²,

« Théoriquement, le fait de dire qu'une disposition du Pacte n'est pas susceptible de dérogation ne signifie pas qu'il ne peut en aucun cas y avoir des limitations ou des restrictions justifiées à son application. La référence, au paragraphe 2 de l'article 4, à l'article 18, dont le paragraphe 3 traite spécifiquement des restrictions, montre que la question de l'admissibilité des restrictions est indépendante de celle de savoir si une dérogation est possible. Même en cas de danger public extrêmement grave, les États qui font obstacle à l'exercice de la liberté de manifester sa religion ou sa conviction doivent justifier leurs actions en fonction des impératifs mentionnés au paragraphe 3 de l'article 18 ».

Fusse-t-elle ainsi réduite, une géométrie variable subsiste néanmoins par rapport au système de la Convention³³. Sauf à dire qu'en pratique, les *restrictions* autorisées par le Pacte peuvent aller aussi loin que les *dérogations* autorisées par la Convention. Mais en éteignant ainsi le second foyer, nous alimenterions, de manière involontaire, le premier...

³² CCPR, Observation générale n° 29 (État d'urgence – Article 4), 31 août 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11

³³ Voy. R. Ergéc, *Les droits de l'Homme...*, *op. cit.*, pp. 218-219.