CONSCIENCE ET LIBERTÉ Les droits des communautés de foi et les droits du croyant

72
2011

CONSCIENCE ET LIBERTÉ

2011

Les droits des communautés de foi et les droits du croyant

72



ASSOCIATION INTERNATIONALE POUR LA DÉFENSE DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE

Dotée du statut consultatif auprès des Nations Unies et du Conseil de l'Europe

Schosshaldenstr. 17, CH 3006 Berne, Tél. +41 (0)31 359 15 27
Courriel : info@aidlr.org – Fax +41 (0)31 359 15 66
Site Internet: www.aidlr.org
Secrétaire général : Karel Nowak

Comité d'honneur
Présidente : M^me^ Mary ROBINSON, *ancien haut commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies et ancienne présidente de la République irlandaise, États-Unis*

Membres
Abdelfattah AMOR, *ancien président du Comité des droits de l'homme aux Nations Unies, Tunisie*
Jean BAUBÉROT, *président d'honneur de l'École pratique des hautes études en Sorbonne, titulaire de la chaire Histoire et sociologie de la laïcité à l'EPHE, Paris, France*
Bert B. BEACH, *ancien secrétaire général émérite de l'International Religious Liberty Association, États-Unis*
François BELLANGER, *professeur d'université, Suisse*
Alberto DE LA HERA, *professeur d'université, directeur général des Affaires religieuses, ministère de la Justice, Espagne*
Silvio FERRARI, *professeur d'université, Italie*
M^e^ Alain GARAY, *avocat à la Cour de Paris et chercheur, France*
Humberto LAGOS, *professeur d'université, écrivain, Chili*
Francesco MARGIOTTA BROGLIO, *département d'Études sur l'État, professeur d'université, président de la Commission italienne pour la liberté religieuse, représentant de l'Italie à l'UNESCO*
M^me^ Rosa Maria MARTINEZ DE CODES, *professeur d'université, Espagne*
Jorge MIRANDA, *professeur d'université, Portugal*
Raghunandan Swarup PATHAK, *ancien président de la Cour suprême, Inde, et ancien juge de la Cour internationale de justice*
Émile POULAT, *professeur d'université, directeur de recherches au CNRS, France*
Jacques ROBERT, *professeur d'université, ancien membre du Conseil constitutionnel, France*
Jean ROCHE, *de l'Institut, France*
Joaquin RUIZ-GIMENEZ, *professeur d'université, ancien ministre, président de l'UNICEF, Espagne*
M^me^ Antoinette SPAAK, *ministre d'État, Belgique*
Mohammed TALBI, *professeur d'université, Tunisie*
Rik TORFS, *professeur d'université, Belgique*
Gheorghe VLADUTESCU, *professeur d'université, vice-président de l'Académie roumaine, ancien secrétaire d'État pour les Affaires religieuses, Roumanie*

ANCIENS PRÉSIDENTS DU COMITÉ
M^me^ Franklin ROOSEVELT, 1946 à 1962
D^r^ Albert SCHWEITZER, 1962 à 1965
Paul Henri SPAAK, 1966 à 1972
René CASSIN, 1972 à 1976
Edgar FAURE, 1976 à 1988
Léopold Sédar SENGHOR, 1988 à 2001

CONSCIENCE ET LIBERTÉ

Organe officiel de l'Association

Schosshaldenstr. 17, CH 3006 Berne – Tél. : +41 031 359 15 27 – Fax : +41 031 359 15 66
Courriel : info@aidlr.org Directeur-rédacteur : Karel NOWAK
Assistante de rédaction : Christiane Vertallier

Comité de rédaction :
Karel NOWAK, M.Div., Berne, Suisse
Roberto BADENAS, docteur en philosophie, Sagunto, Espagne
Jean-Paul BARQUON, diplômé de l'Institut international des droits de l'homme de Strasbourg, Paris, France
Reinder BRUINSMA, docteur en théologie, Huis ter Heide, Pays-Bas
John GRAZ, docteur en histoire des religions, Silver Spring, États-Unis
Pierre HESS, docteur en philosophie, Wädenswill, Suisse
Paulo Sérgio MACEDO, diplômé en relations internationales, Lisbonne, Portugal
Harald MUELLER, docteur en droit, Hannovre, Allemagne
Tiziano RIMOLDI, docteur en droit, Florence, Italie
Maurice VERFAILLIE, docteur en sciences des religions, Gland, Suisse

Belgique	Un numéro/an 14,50 €	Conscience et Liberté Rue E.-Allard, 11, B – 1000 Bruxelles
France	Un numéro/an 14,50 €	
Autres pays européens	Un numéro/an 18 € ou 28 FS	Conscience et Liberté Schosshaldenstrasse 17, CH – 3006 Berne (Suisse)
Suisse	Un numéro/an 27 FS	
Autres pays du monde	Un numéro/an 30 FS (19 €)	

AUTRES ÉDITIONS

	Schosshaldenstrasse 17, CH-3006 Berne (Suisse)
Gewissen und Freiheit	Senefelderstrasse 15, D-73760 Ostfildern (Allemagne) Nussdorferstrasse 5, A-1090 Vienne (Autriche)
Coscienza e libertà	Lungotevere Michelangelo, 7-00192 Rome (Italie)
Conciencia y libertad	Cuevas 23, 28039 Madrid (Espagne)
Consciência e liberdade	Rua Ponta Delgada, n° 1, 1000-239 Lisbonne (Portugal)
Savjest i sloboda (croate et serbe)	Krajiska 14, Zagreb (Croatie)

Politique éditoriale : Les opinions émises dans les essais, les articles, les commentaires, les documents, les recensions de livres et les informations sont uniquement sous la responsabilité des auteurs. Elles ne représentent pas nécessairement celles de l'Association internationale pour la défense de la liberté religieuse dont la revue est l'organe officiel. Les articles reçus au secrétariat de la revue sont soumis au comité de rédaction.

© septembre 2011 by Conscience et liberté — ISSN 0229-0360

DÉCLARATION DE PRINCIPES

Nous croyons que le droit à la liberté religieuse a été donné par Dieu et nous affirmons qu'il peut s'exercer dans de meilleures conditions lorsqu'il y a séparation entre les organisations religieuses et l'État.

Nous croyons que toute législation ou tout autre acte gouvernemental qui unit les organisations religieuses et l'État s'oppose aux intérêts de ces deux institutions et peut porter préjudice aux droits de l'homme.

Nous croyons que le gouvernement a été établi par Dieu pour soutenir et protéger les hommes dans la jouissance de leurs droits naturels et pour réglementer les affaires civiles ; et que, dans ce domaine, il a droit à l'obéissance respectueuse et volontaire de chacun.

Nous croyons au droit naturel et inaliénable de l'individu à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix et d'en changer selon sa conscience ; ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement, chacun devant, dans l'exercice de ce droit, respecter ces mêmes droits pour les autres.

Nous croyons que la liberté religieuse comporte également la liberté de fonder et d'entretenir des institutions charitables ou éducatives, de solliciter et de recevoir des contributions financières volontaires, d'observer les jours de repos et de célébrer les fêtes conformément aux préceptes de sa religion, et de maintenir des relations avec des croyants et des communautés religieuses tant aux niveaux national qu'international.

Nous croyons que la liberté religieuse et l'élimination de l'intolérance et de la discrimination fondées sur la religion ou la conviction sont essentielles pour promouvoir la compréhension, la paix et l'amitié entre les peuples. Nous croyons que les citoyens devraient utiliser tous les moyens légaux et honorables pour empêcher toute action contraire à ces principes, afin que tous puissent jouir des bienfaits inestimables de la liberté religieuse.

Nous croyons que l'esprit de cette véritable liberté religieuse est résumé dans la règle d'or : Ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites-le de même pour eux.

SOMMAIRE

Numéro 72 *Conscience et liberté* *2011*

Édition spéciale

Les droits des communautés de foi et les droits du croyant

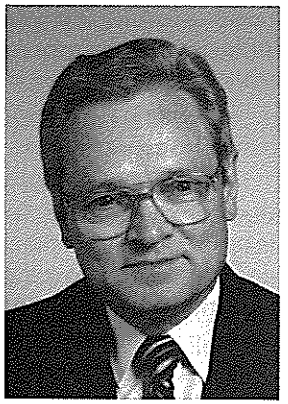
	Éditorial	7
C. Evans	Religion et liberté d'expression	10
D. Laycock	Quel avenir pour la liberté religieuse en Amérique ?	31
R. W. Garnett	Liberté religieuse, autonomie des Églises et structure de la liberté	51
W. W. Bassett	Les organisations religieuses et l'État : Le droit du régime ecclésiastique et les cours civiles	69
J. D. van der Vyver	Le droit à l'autodétermination des communautés religieuses	90
J. Witte, Jr. et J. A. Nichols	Démocraties occidentales : un droit familial fondé sur la foi ?	111

Autres articles sur le site Internet

Nous sommes heureux d'informer nos lecteurs que le site Internet de l'Association internationale pour la défense de la liberté religieuse, dont *Conscience et liberté* est l'organe officiel, est à votre disposition en français, en allemand et en anglais.

Nous vous invitons à visiter notre site : www.aidlr.org/fr/conscience-et-liberte

L'AIDLR EST EN DEUIL



C'est avec stupeur et une grande tristesse que la rédaction de la revue *Conscience et liberté* et les experts de l'Association internationale pour la défense de la liberté religieuse (AIDLR, Berne, Suisse) et de l'International Religious Liberty Association (IRLA, Silver Springs, États-Unis) ont appris, le vendredi 19 août, la mort accidentelle et tragique de Karel Nowak, secrétaire général de l'AIDLR, survenue dans sa soixante et unième année. Il se trouvait en Australie pour participer à la 13e rencontre conjointe des experts des deux associations du 21 au 24 août, à la Faculté de droit de l'université de Sydney.

Karel Nowak avait pris ses fonctions de secrétaire général de l'AIDLR et de directeur-rédacteur de la revue *Conscience et liberté* en 2005. Il était un homme de profondes convictions, de foi chrétienne, très engagé dans la cause de la liberté de conscience et de religion qu'il défendait comme un principe de base dans le respect de la dignité humaine. Pour ceux qui l'ont connu, il représentait l'homme distingué empreint de courtoisie chrétienne, chaleureux et discret, dont le sourire trahissait son calme intérieur et sa capacité d'accueil de l'autre.

Le profil de son parcours de vie reflète bien à la fois sa personne et son engagement permanent. Il disposait de nombreux atouts qui le qualifiaient pour le service de l'AIDLR et de sa cause : l'administration, l'édition, les relations humaines, un esprit de collaboration, une vision des hommes et des choses, des qualités auxquelles s'ajoutaient sa faculté de parler plusieurs langues - le tchèque, le russe, le polonais, l'anglais, le français et il avait aussi une bonne compréhension de l'allemand. Karel Nowak, issu des milieux de l'industrie de la ferblanterie, est né le 10 décembre 1950, à Velopoli, en Moravie, en République tchèque. Son engagement religieux l'a amené à étudier la théologie à Prague,

puis à la Faculté adventiste de théologie de Collonges-sous-Salève, en France. Il a obtenu une maîtrise en théologie de l'université Andrews, à Berrien Springs (Michigan), aux États-Unis.

En dehors de son engagement pastoral, il a occupé jusqu'en 2004 différentes hautes responsabilités au sein de son Église en Tchéquie et en Slovaquie.

C'est durant cette période - au cours de visites et de l'organisation de manifestations en faveur de la liberté religieuse dans ces deux pays - que j'ai eu le privilège, en tant que secrétaire général de l'AIDLR, de faire sa connaissance, de l'apprécier et de collaborer avec lui au lancement et au développement de la section tchèque de l'AIDLR.

La période, trop courte, hélas, durant laquelle il exerça la direction de l'Association, peut être divisée en deux temps : de 2005 à 2010, durant laquelle Karel Novak n'économisa pas ses énergies pour mener à bien son mandat de secrétaire général, bien qu'ayant d'autres responsabilités à côté ; puis, de 2010 à ce tragique jour du 19 août 2011, où déchargé de ses autres obligations, il poursuivit avec autant d'efforts la promotion de la liberté de conscience et de religion. C'est dans ce cadre - l'AIDLR étant une ONG accréditée auprès des Nations Unies, auprès du Conseil de l'Europe, à Strasbourg, et de l'Union européenne, à Bruxelles - que Karel Nowak s'est consacré, comme tous ses prédécesseurs, à établir de nouvelles relations publiques en prenant part à leurs assemblées et à leurs réunions. De même, en dehors de ces organismes, il participait à divers colloques, conférences et rencontres.

On ne peut tracer ce parcours sans souligner l'apport important de Karel Nowak à l'impact de la revue *Conscience et liberté* dans le monde. En effet, à côté des autres éditions, il s'était courageusement engagé dans celle de cette revue en anglais, édition qui avait été interrompue. En raison de moyens financiers limités, il avait endossé la lourde tâche de créer et de monter lui-même la nouvelle maquette.

L'AIDLR ressent douloureusement la disparition de Karel Nowak, la perte d'un serviteur de la cause de la liberté religieuse qu'il sera difficile de remplacer. Mais, avant tout, l'équipe de l'AIDLR, à tous ses échelons, nationaux et internationaux, a une pensée toute spéciale pour son épouse Dana et ses trois filles. Plus que pour l'Association durement touchée, c'est la disparition aussi inattendue que brutale d'un époux et d'un père qui marquera à tout jamais leurs vies.

Pour la direction et la rédaction de l'AIDLR
Maurice Verfaillie, ancien secrétaire général

ÉDITORIAL

L'édition 2011 de la revue *Conscience et liberté* est un numéro exceptionnel. Les articles qui la composent ont été préparés par d'éminents universitaires américains. Ils ne représentent qu'une partie des sujets présentés lors d'un colloque organisé par le Centre d'études Emory sur le droit et la religion à Atlanta, aux USA. La série complète a été publiée en anglais dans le magazine *Fides et Libertas* en 2010. L'enrichissante collaboration que nous avons eue par le passé avec le Centre et l'expertise remarquable de ces exposés nous ont poussés à les rendre également accessibles à nos lecteurs. En 1996 déjà, notre revue avait publié un ensemble de textes préparés par le Centre Emory et dont la haute qualité avait été très appréciée – il s'agissait également de textes de conférences.

La plupart des articles de la présente édition abordent les questions de liberté religieuse selon la perspective américaine. Cela peut nous aider à envisager ces sujets sous un angle plus large et à mieux appréhender la réalité dans sa « globalité ». Les éminents savants qui présentent ici leurs travaux sont particulièrement qualifiés pour cette tâche car ils ont longuement et intensément réfléchi sur les enjeux auxquels nous sommes confrontés.

Voici ce qu'en dit le directeur du Centre Emory, John Witte, Jr. :

> « Au cours des deux dernières décennies, le Centre d'études du droit et de la religion de l'université Emory a eu le privilège de mener une quinzaine de projets d'études majeurs concernant le droit, la religion et les droits de l'homme envisagés sous l'angle international, interdisciplinaire et interreligieux. Ces projets ont permis d'explorer les différentes façons dont le christianisme, le judaïsme, l'islam et les autres religions ont pu contribuer au développement – ou à la limitation – des droits de l'homme et des règles démocratiques dans les législations internationales et nationales. Ils ont approfondi certaines questions parmi les plus complexes concernant la persécution religieuse et le sectarisme, le prosélytisme et la discrimination religieuse, les droits des femmes et des enfants, les droits au sein du mariage et de la famille, et plus encore. Ils ont fourni ainsi une base commune et une tribune ouverte pour le dialogue et le débat approfondis entre les antagonistes représentant les diverses confessions et croyances de par le monde. Ils ont aussi cherché à anticiper et à fournir les

ressources nécessaires pour des débats culturels sérieux avant que ceux-ci ne soient réduits à des formules lapidaires dans les médias ou à des initiatives législatives. À eux seuls, ces projets ont fait l'objet de 4 grandes conférences internationales, 50 tables rondes, 60 nouvelles publications importantes, et ils ont mobilisé un réseau de quelque 1200 chercheurs dans le monde entier.

Le postulat évident de ces études est que la démocratie, les droits de l'homme et la liberté religieuse sont indispensables à l'établissement de l'ordre aux niveaux local et mondial. Le postulat le moins évident est que la religion est une dimension essentielle de tout régime démocratique réel basé sur la protection des droits de l'homme. Car la démocratie et les droits de l'homme sont par nature des idéaux abstraits – que l'on cite généralement comme fondements d'une vie meilleure et d'une société en bonne santé. Ils dépendent de la vision et des valeurs des communautés et des sociétés humaines, qui leur donnent un contenu et de la cohérence. Or la religion est une disposition indéracinable inhérente à la personne humaine et aux communautés. Les religions fournissent invariablement des bases et des échelles de valeurs essentielles par lesquelles nombre de personnes et de communautés peuvent se diriger et à l'aune desquelles elles peuvent s'évaluer. Elles imprègnent toujours l'identité culturelle, ethnique et nationale des individus et des peuples. Elles doivent donc être considérées comme des alliées indispensables dans le combat actuel pour les droits de l'homme et l'essor de la démocratie. Il faut s'appuyer sur la foi qu'elles communiquent et les œuvres qu'elles accomplissent, sur les symboles et les structures culturels et ethniques qui sont les leurs pour donner sens et mesure aux revendications abstraites des lois et des normes des droits démocratiques et des droits de l'homme. La liberté religieuse de chaque personne et de chaque peuple qui veut la paix doit donc être jalousement protégée.

Les articles rassemblés dans ce numéro « spécial colloque » offrent quelques aperçus des récentes études menées dans le cadre des projets de notre Centre, en particulier sur les questions de liberté religieuse en Amérique et au niveau international. Le premier d'entre eux, signé par Carolyn Evans, traite des problèmes que posent les rapports entre liberté de conscience et liberté d'expression religieuse. Dans le deuxième, Douglas Laycock fait quelques prédictions sur la façon dont ces questions – ainsi que d'autres sujets épineux – vont évoluer en Amérique au cours des deux prochaines décennies. Richard Garnett, William Bassett et Johan van der Vyver dressent

ensuite un état de la situation actuelle des droits collectifs protégés par l'*Establishment Clause* et la *Clause de libre exercice* inscrites dans le Premier amendement de la Constitution des États-Unis ainsi que dans les instruments internationaux des droits de l'homme qui garantissent le droit à l'autodétermination religieuse et à l'autonomie des Églises. Quant à Joel Nichols et moi-même, nous développons un sujet qui se situe à la frontière de la liberté religieuse : le droit des groupes religieux à régir les questions de droit de la famille de leurs fidèles quand ceux-ci choisissent volontairement de ne pas dépendre du régime du droit de la famille de l'État. Enfin Jeremy Gunn conclut par un examen des motifs juridiques appropriés qui ont émergé au fil du temps pour déterminer quand un État est en droit de limiter les revendications de la liberté religieuse d'un individu ou d'un groupe. »

Nous espérons que ces articles contribueront à diffuser et à mettre à la portée du grand public les principes de la véritable liberté religieuse, une liberté qui ne cherche pas à cautionner ou garantir les privilèges ou les intérêts de certains groupes – fussent-ils majoritaires – mais qui défend la justice et l'équité des droits pour tous, même pour les plus petits et les plus faibles.

*Karel Nowak**

*Ce numéro a été préparé avant le décés de Karel Nowak.

RELIGION ET LIBERTÉ D'EXPRESSION

Carolyn Evans*

Si du jour au lendemain la liberté de religion venait à disparaître des différents traités, constitutions et projets de loi statutaires dans lesquels elle se trouve actuellement, la majeure partie de ce qui est aujourd'hui protégé en tant que religion pourrait également l'être en tant que manifestation de la liberté d'expression. Car bien que la religion comporte, assurément, une dimension de recueillement, une dimension intérieure, la plupart des confessions utilisent divers modes de communication : les croyants peuvent prier les uns avec les autres, chanter ou psalmodier, lire des écrits sacrés, donner un enseignement à leurs enfants, écrire des œuvres religieuses de toutes sortes, prêcher, témoigner et faire du prosélytisme – autant d'exemples de liberté d'expression que de libre exercice de la religion. En outre, les religions utilisent plusieurs formes d'expression symboliques : dans l'habillement, l'affichage de symboles, les rites et le port d'objets ou de coiffures particulières. Tout cela relève également de la notion de liberté d'expression dans de nombreuses juridictions.

Tandis que dans les démocraties certaines formes d'expression religieuse dépassent le champ de l'intervention légitime de l'État, d'autres se sont avérées beaucoup plus litigieuses. Le présent article explore plusieurs domaines particulièrement sujets à controverse parce que les libertés d'expression et de religion y sont imbriquées : en particulier, le port de vêtements ou de symboles religieux, les discours de haine et la diffamation religieuse, la prière ou l'enseignement religieux dans les écoles publiques et les symboles religieux dans les institutions publiques.

* Professeure de droit et directrice adjointe du Centre for Comparative Constitutional Studies de la Faculté de droit de Melbourne, en Australie. Cet article est basé en partie sur les travaux de recherche menés dans le cadre d'un projet d'étude sur la législation de la liberté religieuse et de la non-discrimination, financé par l'Australian Research Council. Les remerciements de l'auteur vont à Duncan Kauffman pour l'aide qu'il lui a apportée en matière de recherche pour ce sujet. Une version antérieure du texte a été publiée dans l'ouvrage de John Witte, Jr. et M. Christian Green, éds., *Religion and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011, et est utilisée avec l'autorisation de l'auteur et de l'éditeur.

Le port des vêtements ou des symboles religieux

De nombreux croyants se sentent, pour des raisons religieuses, soit obligés soit très désireux de porter des vêtements et des symboles qui témoignent de leur adhésion à une religion particulière. Parmi les pratiques que les membres de certaines confessions adoptent parfois, on trouve le port du turban et du kirpan (couteau religieux) chez les sikhs (hommes), des dreadlocks chez les rastafari, de la kippa chez les hommes juifs et d'un couvre-chef pour les femmes musulmanes ou juives, ou encore de la croix pour ce qui est des chrétiens[1].

Au sein d'une même religion, les individus peuvent aussi avoir différentes conceptions de ce qui est prescrit dans ce domaine. En témoigne l'exemple, en Angleterre, de l'affaire *S.B. c. Denbigh High*[2] impliquant une élève qui souhaitait porter le jilbab (le voile islamique), plus strict que le shalwar kameeze, l'uniforme scolaire des jeunes filles musulmanes conçu en consultation avec la communauté islamique de l'école. Ce procès a fait ressortir qu'il y avait divergence d'opinions chez les musulmans au sein de l'école comme dans les communautés locale et nationale par rapport à la forme de tenue religieuse appropriée ou exigée pour une adolescente musulmane.

Outre le costume adopté par les autres croyants, certains doivent, de par leur charge, mettre des tenues de cérémonie, des vêtements sacerdotaux ou des symboles signalant leur fonction d'une manière qui les distingue des membres de leur communauté. Le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies a reconnu que le fait d'afficher des symboles religieux ou de « porter des vêtements ou des couvre-chefs distinctifs » est une manière de manifester sa religion et que, par conséquent, il bénéficie de la protection du droit international[3].

C'est essentiellement aux individus qu'il incomberait de décider s'ils vont

1 Voir, par exemple, Homa Hoodfar, « The Veil In Their Minds and On Our Heads: Veiling Practices and Muslim Women », in Elizabeth Castelli, éds., *Women, Gender, Religion: A Reader*, Palgrave, New York, 2001, p. 420-446 ; Wasif Shadid et Pieter Sjoerd van Koningsveld, « Muslim Dress in Europe: Debates on the Headscarf », in *Journal of Islamic Studies*, n° 16, 2005, p. 35 ; Susan Michelman, « Changing Old Habits: Dress of Women Religious and Its Relationship to Personal and Social Identity », in *Sociological Inquiry*, n° 67, 1997, p. 350 ; Janet Mayo, *A History of Ecclesiastical Dress*, BT Batsford, Londres, 1984. Une partie de ces écrits mentionne l'ambivalence à l'égard du vêtement religieux et les multiples significations attribuées à ce dernier par certains de ceux qui le portent.

2 *R (SB) c. Governors of Denbigh High School*, 2007, 1 AC 100.

3 Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, *Observation générale 22 : Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion*, Art. 18, Add. 4, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 ('General Comment 22'), 1993.

porter ou non une forme de tenue religieuse ou de symbolisme. Naturellement, les diverses organisations religieuses et leurs dirigeants auront sur ces questions des opinions particulières et ils chercheront parfois à convaincre leurs adeptes de la valeur de leur avis (et peut-être même refuseront-ils à ceux qui n'y adhèrent pas la permission d'appartenir à leur communauté). Mais l'État, lui, n'a pas pour rôle d'ériger en ordonnance une forme quelconque d'orthodoxie religieuse. C'est pourtant manifestement le cas dans certains pays. Dans des pays comme l'Iran ou l'Arabie saoudite, les femmes sont contraintes de se voiler, qu'elles croient ou non que cela est imposé par leur religion et, de fait, quelle que soit leur religion. Un exemple : selon le témoignage de la Rapporteure spéciale des Nations Unies sur la liberté de religion ou de conviction, le chef de la police iranienne a déclaré qu'en 2006, plus d'un million de femmes ont été arrêtées à cause de la façon dont elles portaient le hijab (le foulard islamique), et dix mille inculpées de violation du code vestimentaire[4]. Une telle coercition limite à la fois la liberté de religion et la liberté d'expression des individus, tout en constituant une grave ingérence de l'État dans les droits à la liberté et à l'égalité des sexes.

La situation inverse est en train de se produire dans plusieurs régions du monde, notamment en Europe, où les femmes musulmanes qui désirent porter le foulard s'en voient de plus en plus refuser le droit[5]. L'espace semble diminuer pour elles dans certains États européens, et il y a eu, dans des pays comme Singapour[6], des mesures contre le port du foulard à l'école. Dans l'une des premières affaires où elle a dû se prononcer sur ce problème, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'il était normal d'exiger d'une enseignante d'école primaire qu'elle enlève son foulard, en partie parce que ses jeunes élèves pourraient être perméables au prosélytisme[7].

Pourtant, en l'espace de moins de dix ans, elle a aussi approuvé une loi turque qui empêchait une étudiante en médecine musulmane de suivre les cours à l'université avec la tête couverte et une loi française qui s'opposait à ce qu'une élève

4 Asma Jahangir, *Rapport de la Rapporteure spéciale sur la liberté de religion ou de conviction – Addendum – Résumé des cas portés devant les gouvernements et des réponses reçues*, UN Doc. A/HRC/7/10/Add.1 [125], 28 février 2008.

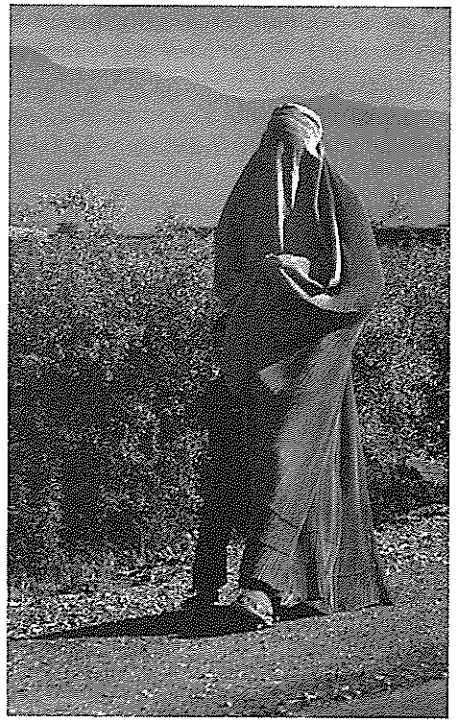
5 Gareth Davies, « Banning the Jilbab: Reflections on Restricting Religious Clothing in the Light of the Court of Appeal, in *SB c. Denbigh High School*, Decision of 2 March 2005 », in *European Constitutional Law Review, vol.* 1, 2005, p. 511-530, observe qu'une « vague d'interdictions et de restrictions concernant les vêtements religieux est en train de balayer l'Europe ».

6 Voir, par exemple, BBC News Online, « Singapore Headscarf Ban Faces Lawsuit », 22 avril 2002 : http://news.bbc.co.uk/2/low/asia-pacific/1943999.stm.

7 *Dahlab c. Suisse*, 2001-V CEDH, 449.

Une femme en burqa avec un enfant sur la route du nord de l'Afghanistan.

Photo : Steve Evans / Wikipedia



du secondaire porte le foulard dans un établissement public, bien qu'il n'y ait pas eu, dans les deux cas, de problème de vulnérabilité des élèves[8]. Ces affaires ont été marquantes dans la mesure où la volonté d'interdire le port du foulard était liée aux messages – de prosélytisme, de fondamentalisme et concernant l'égalité des sexes – que ce dernier était soupçonné de faire passer et parce que la Cour semble s'être peu préoccupée (même si on admet l'hypothèse – grave – que ces liens litigieux étaient justifiés) de savoir si une telle interdiction était suffisamment fondée. Au contraire, les arguments ont porté uniquement sur la dimension religieuse que revêt le fait d'avoir la tête couverte.

Dans des pays comme la France, la Belgique et l'Italie, on assiste depuis peu à une évolution vers des restrictions encore plus circonstanciées qui pourraient avoir pour effet d'exclure de nombreux espaces publics toute femme portant un voile sur le visage. Les politiques qui promeuvent de telles lois dans certains de ces États ont eux aussi commis l'erreur de supposer qu'ils peuvent décider de ce qui est prescrit par une religion. Par exemple, Mara Carfagna, ministre italienne de l'égalité des chances,

8 *Şahin c. Turquie*, 2005-XI CEDH, 175 ; *Dogru c. France*, 2009-49 CEDH, Rep. 8.

a indiqué que l'interdiction du port de la burqa n'était pas une limitation imposée à la liberté de religion parce que ce voile n'est pas un symbole religieux. Pour valider ces propos, elle s'est référée aux déclarations d'ecclésiastiques musulmans : « Ce n'est pas nous qui le disons, mais les plus hautes autorités religieuses du monde islamique, telles que les imams du Caire et de Paris[9]. » Mais en disant cela, elle passe à côté du sujet. Il y a certainement une école de pensée qui soutient que le voile n'est pas exigé par l'islam, mais il y en a d'autres qui prétendent le contraire. Il s'agit là d'un important débat interne au sein de l'islam, mais ce n'est pas au gouvernement italien de décider du résultat de ce débat religieux et de l'imposer aux musulmans italiens, pas plus qu'il n'y a lieu pour le gouvernement iranien de faire valoir le point de vue opposé.

Cependant, diverses raisons ont encore été invoquées pour motiver des restrictions imposées aux vêtements et aux symboles religieux. Même s'il n'est pas possible de les étudier en détail ici, on peut relever les plus significatives[10].

La première est la question de la sécurité ou de la sûreté publique. Parfois de telles limitations sont tout à fait spécifiques et entièrement justifiées. Par exemple, un sikh, qui était accusé de crimes violents, s'est vu refuser le droit d'apporter son kirpan au tribunal au motif qu'il risquait de l'utiliser d'une manière qui pourrait mettre en danger d'autres personnes ; cette décision a été confirmée en appel. En revanche, les tribunaux canadiens ont jugé qu'un établissement scolaire avait violé les droits d'un jeune sikh à qui il interdisait de porter le kirpan à l'école en vertu d'une interdiction générale du port de couteaux (et bien que l'élève ait été prêt à prendre les précautions nécessaires pour limiter les dangers éventuels posés par le kirpan)[11]. Cette affaire démontre qu'on peut avoir une approche nuancée du port des symboles religieux et des questions de sécurité plutôt que de s'en tenir à des généralités en déclarant que n'importe quelle restriction est possible – ou qu'aucune ne l'est. Dans d'autres cas, des allégations plus générales sont formulées à propos du danger que peut représenter, pour la sécurité nationale,

9 David Charter, « Belgium Poised to be First in EU to Ban the Burqa », in *The Times*, Londres, 1er avril 2010. Pour une explication des mesures prises en Égypte qui ont servi de référence à un certain nombre de pays européens pour justifier l'interdiction du voile, voir « Niqab banned at al-Azhar University », DAWN.com, 9 octobre 2009 : http://www.dawn.com/wps/wcm/connect/dawn-content-library/dawn/news/world/11-burqas-banned-at-al-azhar-university--il--08.

10 Pour une analyse plus détaillée, voir Bahia G. Tahzib-Lie, « Dissenting Women, Religion or Belief and the State: Contemporary Challenges that Require Attention », in Tore Lindholm et al, éds., *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, Martinus Nijhoff, La Haye, 2004, p. 455.

11 Voir *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006, 1 SCR 256 (procès concernant un élève) ; *Hothi c. La Reine*, 1985, 33 Man R (2d) 180 (procès pénal).

la tenue religieuse, en particulier les voiles islamiques qui dissimulent le visage. Ceux-ci sont parfois accusés d'être liés au fondamentalisme ou de favoriser (sans préciser de quelle manière) des atteintes à la sécurité nationale. Le Conseil d'État français a récemment averti que les propositions françaises visant à les interdire, généralement sur la base de la sécurité nationale, n'étaient pas adaptées ou ne correspondaient pas à une menace démontrable contre la sûreté publique et qu'elles risqueraient d'enfreindre la liberté de religion telle que protégée par la Convention européenne des droits de l'homme[12].

Autre motif souvent invoqué pour l'interdiction du foulard islamique : il est incompatible avec les droits des femmes. Cette question est en soi source de discussions au sein de la communauté musulmane ainsi que de débats avec des associations féminines favorables, parce qu'elles défendent les droits des femmes, à l'interdiction de certains ou de tous les genres de voile, mais aussi avec d'autres qui y sont opposées. Dans l'une des principales affaires instruites par la Cour européenne des droits de l'homme concernant le droit pour une étudiante de porter le foulard à l'université, la majorité a conclu ainsi : l'une des raisons qui justifiaient la loi interdisant le port du foulard dans certains établissements publics turcs était l'importance de l'égalité des droits des hommes et des femmes. Mais la Cour n'a pas vraiment donné d'éléments pour expliquer si, et en quoi, cet usage perpétuait l'inégalité entre les sexes. Dans son opinion dissidente, la juge Tulkens a déclaré :

> « [Le] port du foulard est considéré comme la marque de l'aliénation de la femme. Dès lors, son interdiction apparaît comme une façon de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes. Mais quel est, en fait, le lien entre le port du foulard et l'égalité des sexes ? L'arrêt ne le dit pas. Par ailleurs, quel est le sens du port du foulard ? Comme le relève la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt du 24 septembre 2003, le port du foulard n'a pas de signification univoque ; cette pratique répond à des motivations variables. Elle ne symbolise pas nécessairement la soumission de la femme à l'homme et il en est qui soutiennent que, dans certains cas, elle pourrait même être un instrument d'émancipation de la femme. Ce qui manque dans ce débat, c'est la voix des femmes, celles qui portent le foulard comme

12 Assemblée générale plénière du Conseil d'État, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 25 mars 2010, rapport consultable sur : http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/avis/etude_vi_30032010.pdf ; Henry Samuel, « French Burka Ban 'Unconstitutional' », in *The Daily Telegraph*, Londres, 31 mars 2010.

celles qui choisissent de ne pas le porter[13]. »

Il peut, dans certains cas, y avoir une autre préoccupation, analogue à la précédente : la crainte que le vêtement religieux ne soit pas porté volontairement mais sous la pression – et peut-être même sous la menace de violences – des membres de la famille ou de la communauté. Ceci est particulièrement pertinent dans les affaires concernant des élèves, et il est prouvé qu'il y a dans certaines écoles des jeunes musulmanes très favorables à des restrictions ou à l'interdiction du vêtement religieux parce que sans cela elles risquent de faire l'objet de pressions ou de critiques pour ne pas s'être conformées aux stricts codes vestimentaires[14]. La relation entre la liberté religieuse et les droits concernant l'égalité des genres est une notion complexe et contestée. Il suffit de savoir que la promotion de l'égalité en droits des hommes et des femmes est un motif admissible pour limiter la liberté religieuse sur la base du droit international. Mais il faut prendre soin de s'assurer qu'il existe bien un lien logique entre la promotion des droits des femmes et les mesures de protection choisies, et que ces mesures sont proportionnées au préjudice subi. Les femmes issues des minorités religieuses, notamment, plus que les femmes des communautés religieuses majoritaires, peuvent souffrir du paternalisme d'État et de l'ignorance ou de stéréotypes qui conduisent à plus d'intervention légale dans leur vie et à une plus grande réglementation de l'expression de leur religion.

Discours de haine religieuse et diffamation des religions

Un autre aspect complexe du chevauchement entre la liberté de religion et la liberté d'expression est apparu lors du débat pour savoir si (et, si oui, comment) l'État devait réagir face à des formes d'expression qui exposent les religions ou les croyants en tant qu'individus à la haine, au mépris, aux moqueries et aux stéréotypes négatifs. L'article 20(2) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP) dispose que « tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi[15]. » Les États parties sont donc obligés d'appliquer des lois prohibant ce qu'on appelle parfois le « discours de haine religieuse » ou la « diffamation des religions ».

Mais de telles lois ont une relation complexe tant avec la liberté de religion qu'avec la liberté d'expression. D'un côté, l'appel à la haine contre les religions

13 *Şahin c. Turquie*, 2005-XI CEDH, 175, opinion dissidente de la juge Tulkens [11].

14 Gareth Davies, « Banning the Jilbab: Reflections on Restricting Religious Clothing in the Light of the Court of Appeal, in *SB c. Denbigh High School*, Decision of 2 March 2005 », in *European Constitutional Law Review, vol.* 1, 2005, p. 518-519.

15 Ouvert à la signature le 16 décembre 1966, art. 20(2), et entré en vigueur le 23 mars 1976. Rés. A.G. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (1966). Consultable en français sur : http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm

minoritaires peut jouer un rôle déterminant dans la mise en place de conditions qui vont favoriser la discrimination, l'hostilité voire le génocide. Ces risques sont particulièrement sérieux dans les communautés fortement divisées, où la tension règne entre groupes religieux, ou bien qui ont connu par le passé la persécution religieuse. Quand une communauté religieuse minoritaire se sent menacée et attaquée, les individus ne peuvent pas pratiquer leur religion librement et sans crainte. À cause des menaces, de l'intimidation et des discours de haine religieuse, les membres des groupes minoritaires auront aussi du mal à s'exprimer ouvertement sur des questions qui leur sont essentielles et ils se retiendront d'utiliser leur droit de parole pour endiguer le discours de haine, par peur d'attirer sur eux les insultes ou même la violence.

D'un autre côté, quand les lois condamnant la haine religieuse sont trop larges, cela est parfois aussi problématique, tant du point de vue de la liberté religieuse que de la liberté d'expression[16]. Le discours religieux peut bien constituer lui-même une forme très dangereuse de haine religieuse – on ne peut ignorer que les leaders religieux font partie de ceux qui ont attisé l'animosité envers les autres groupes religieux, qui ont prêché la violence et justifié la discrimination. Mais il existe aussi des formes de discours religieux susceptibles de tomber sous le coup de lois sur la haine religieuse qui elles-mêmes menacent la liberté de religion. Dans certaines traditions religieuses, par exemple, le fait pour le croyant de dénoncer les erreurs des autres confessions et de proclamer que sa propre religion détient la seule et unique vérité est une manière essentielle d'exprimer ses convictions religieuses. Pourtant – notamment si les lois sur la haine religieuse sont rédigées en termes généraux – un tel discours pourrait être interprété comme de la haine religieuse. Ainsi en Australie, dans une affaire litigieuse, deux pasteurs d'une petite église chrétienne évangélique ont fait l'objet d'une plainte en vertu du *Racial and Religious Tolerance Act (Vic)* [RRTA, Loi sur la tolérance raciale et religieuse de l'État de Victoria, NDLT] de 2001 pour plusieurs allégations faites dans des publications et lors d'un séminaire sur l'Islam. Ces déclarations étaient nombreuses et de portée générale. Mais certaines d'entre elles insinuaient que, dans l'islam, « la femme n'a pas beaucoup de valeur », que ceux qu'on appelle « terroristes » sont, « en fait, de vrais musulmans (sic) parce qu'ils ont lu le Coran et qu'aujourd'hui, ils le mettent en pratique. » Elles laissaient entendre que l'argent provenant du commerce de la drogue servait à soutenir le prosélytisme musulman et qu'en Australie la population musulmane avait doublé en 7 ans parce que les musulmans contrôlaient le ministère de l'Immigration[17]. En

16 Sur les problèmes complexes que pose le discours de haine en général, voir Ivan Hare and James Weinstein, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

17 *Catch the Fire Ministries Inc. and Others c. Islamic Council of Victoria Inc.* (2006) 15 VR 207 [41], [47], [60], [62]. Dans cette section de l'arrêt, le juge d'appel Nettle critique

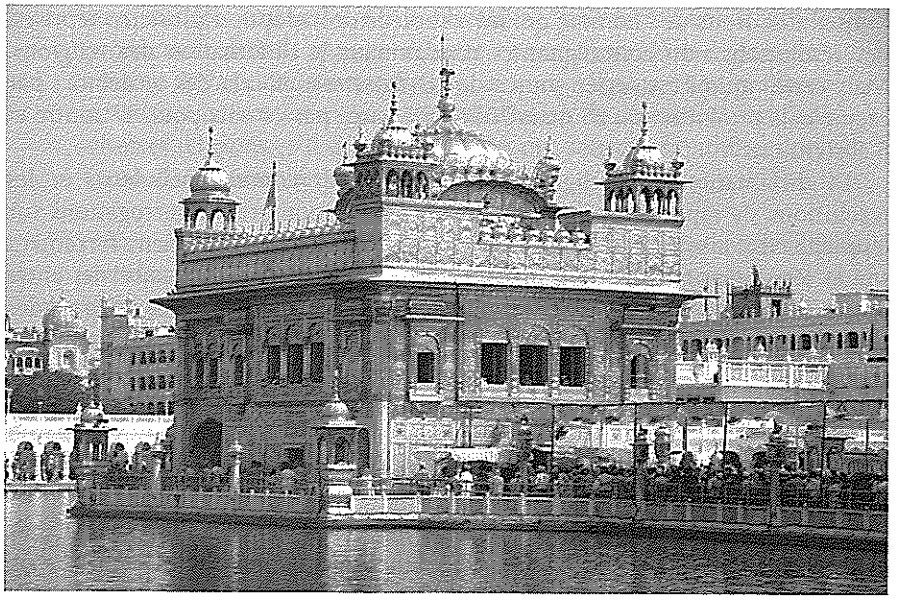
première instance, il a été décidé que l'effet cumulatif de ces déclarations équivalait à de la diffamation de la religion. Mais l'arrêt du tribunal civil et administratif a été interjeté devant la Cour suprême de Victoria, qui l'a annulé (mais sans spécifier si le discours en question était infamant ou non)[18]. La décision en première instance comportait en effet un aspect particulièrement problématique dans la mesure où le tribunal s'était référé aux éléments controversés de la loi islamique : la question de savoir si l'islam était « vraiment » une religion de paix ou s'il encourageait « vraiment » la discrimination contre les femmes. Même si certaines des allégations faites par les pasteurs (comme le doublement de la population et la mainmise sur le ministère de l'Immigration) étaient incendiaires et démenties par les faits, d'autres, malgré leur caractère outrancier, donnaient encore matière à débat et à discussion et il n'appartenait pas au tribunal de décider de leur « vérité ». Ce cas fait ressortir les problèmes qui peuvent se poser avec ce genre de législation quand les juges sont appelés parfois à décider de ce qui est un débat acceptable, vigoureux (avec peut-être même des propos choquants ou blessants) sur des questions sujettes à controverse, et celui qui dépasse certaines limites et génère une haine telle qu'elle peut conduire à la violence ou à d'autres formes de maux[19].

Les lois sur la haine religieuse risquent d'empêcher le public de participer, par peur de tomber dans l'illégalité, à des débats passionnés mais importants pour lui, en particulier les débats qui ne seraient pas protégés par la législation – c'est ce qu'on appelle parfois l' « effet dissuasif » des lois qui restreignent la liberté d'expression : les gens peuvent s'autocensurer parce qu'ils ont peur d'un éventuel procès. Quand des interlocuteurs (ceux qui soutiennent une religion spécifique comme ceux qui

la manière dont le juge Higgins [du tribunal civil et administratif de Victoria, NDLT] a paraphrasé les déclarations des deux pasteurs, et il expose ces dernières plus en détails et dans leur contexte – ce qu'il est impossible de reproduire dans cet article.

18 La Cour d'appel a statué que la décision du tribunal contenait des erreurs mais que, comme il revenait au juge administratif de reconsidérer sa position, ce n'était pas à elle de déterminer de façon définitive le bien-fondé de la demande. Elle a préféré renvoyer l'affaire devant le tribunal pour qu'elle soit tranchée par un nouveau juge. Les parties sont ensuite parvenues à un règlement amiable, de sorte qu'aucun jugement définitif n'a été rendu pour savoir si le comportement incriminé constituait ou non une violation de la loi [la RRTA, NDLT].

19 Voir, par exemple, Rex Ahdar, « Religious Vilification: Confused Policy, Unsound Principle and Unfortunate Law », in *University of Queensland Law Journal*, vol. 26, 2007, p. 293 ; Dermot Feenan, « Religious Vilification Laws: Quelling Fires of Hatred ? », in *Alternative Law Journal*, vol. 31, 2006, p. 153 ; Lawrence McNamara, « Salvation and the State: Religious Vilification Laws and Religious Speech », in Katharine Gelber and Adrienne Stone, éds., *Hate Speech and Freedom of Speech in Australia*, Federation Press, Sydney, 2007, p. 45-68 ; Dan Meagher, « The Protection of Political Communication under the Australian Constitution », in *University of New South Wales Law Journal*, vol. 28, 2004, p. 30.



« Hamandir Sahib » (aussi connu sous le nom informel du Temple d'Or) est, pour les sikhs, le plus sacré des édifices. Il est situé dans la ville d'Amritsar, en Inde.

Photo : Oleg Yunakov / Creative Commons

critiquent avec force la religion en général ou une en particulier) craignent de dire ce qu'ils pensent par peur des conséquences, un débat public essentiel sur un phénomène social important est étouffé.

L'élaboration de la « diffamation des religions » a été une approche encore plus problématique de la protection des religions contre les discours offensants. Ce concept, qui semble s'appuyer sur des notions de droits de l'homme telles que l'interdiction du discours de haine, du racisme et de la xénophobie, a été présenté, au nom de l'Organisation de la Conférence islamique, d'abord par le Pakistan, en avril 1999, devant la Commission des droits de l'homme, lors de sa 62e séance[20], puis par l'Azerbaïdjan, en décembre 2006, devant l'Assemblée générale des Nations Unies, lors de sa 81e séance[21]. Depuis, la Commission des droits de l'homme et le

20 Commission des droits de l'homme des Nations Unies, *La diffamation des religions*, CHR Rés. 1999/82, 55e sess, 62e séance plénière, UN Doc. E/CN.4/1999/82 L.40/Rev.1, 30 avril 1999.

21 Assemblée générale des Nations Unies, *Lutter contre la diffamation des religions*, GA

Conseil des droits de l'homme qui lui a succédé ont adopté, à plusieurs reprises, des résolutions non contraignantes condamnant la diffamation des religions. Mais cette notion est restée source de controverses, et cela dès le début : par exemple, la résolution du 25 mars 2010 a été votée par 20 voix pour, 17 contre et 8 abstentions[22].

La diffamation des religions est en effet un concept nébuleux, et les résolutions s'y rapportant contiennent un certain nombre d'interrogations sur lesquelles il y a un grand consensus international et qui s'appuient fortement sur la législation internationale des droits de l'homme. Cela concerne, entre autres, la lutte contre la discrimination, l'intimidation ou la violence à l'égard des personnes en raison de leur religion, mais aussi la préservation des sites religieux contre les attaques. Tant que les résolutions mettent l'accent sur la protection des individus et des groupes contre la violation de leurs droits fondamentaux, elles s'inscrivent dans la tendance générale des droits de l'homme. Mais là où elles deviennent plus discutables, c'est quand elles recommandent de prendre des mesures juridiques pour protéger la réputation de la religion elle-même. Par exemple, la première résolution que la Commission des droits de l'homme a votée exprimait sa préoccupation de ce que les médias incitaient « à l'intolérance [...] et à la discrimination à l'égard de l'islam ou de toute autre religion ». En outre, elle déplorait profondément « le fait que les religions soient stéréotypées de façon négative » et « que l'islam soit fréquemment et à tort associé aux violations des droits de l'homme et au terrorisme[23] ». Même si ces stéréotypes peuvent assurément conduire à de l'hostilité à l'égard des adeptes d'une confession, on risque en protégeant la religion elle-même de la mettre aussi à l'abri de la critique légitime, du questionnement, du débat ou des dissensions internes. Dans une déclaration conjointe, les trois Rapporteurs spéciaux des Nations Unies ayant des responsabilités dans les domaines de la liberté de religion, de la liberté d'expression et du racisme ont souligné leur préoccupation :

> « Les difficultés à fournir une définition objective de l'expression "diffamation des religions" à l'échelle internationale font que le concept même peut donner lieu à des dérives. Au niveau de chaque pays, des lois nationales sur le blasphème peuvent s'avérer contre-productives dans la mesure où cela risque d'entraîner *de facto* la censure de la critique interreligieuse et intra-religieuse. Bon nombre de ces législations prévoient différents niveaux de protection pour les diverses religions et il se trouve qu'elles ont souvent été utilisées de façon discriminatoire[24]. »

Rés. 13/16, UN GAOR, 61e sess, 81e séance plénière, Ordre du jour 67(b), UN Doc. A/RES/61/164, 19 décembre 2006.

22 Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, *Lutter contre la diffamation des religions*, HRC Rés. 13/16, 13e sess, 42e séance, Ordre du jour 9, UN Doc. A/HRC/RES/13/16, 25 mars 2010.

23 Commission des droits de l'homme des Nations Unies, *La diffamation des religions*, CHR Rés. 1999/82, 55e sess, 62e séance, UN Doc. E/CN.4/1999/L.40/Rev.1, 30 avril 1999.

La notion de diffamation des religions a fait l'objet de nombreuses critiques de la part des politiques et des spécialistes. On craignait surtout qu'elle donne l'impression de justifier les lois sur le blasphème et l'apostasie. De fait, elle a servi pour légitimer les sanctions infligées par les États musulmans pour des délits ouvertement religieux comme le blasphème, l'hérésie et l'apostasie, et pour protester contre l'islamophobie (mais pas contre les autres formes de haine religieuse) dans les pays non musulmans[25]. D'ailleurs, le premier projet de résolution sur la diffamation des religions présenté par le Pakistan condamnait uniquement « les nouvelles manifestations d'intolérance et d'incompréhension, pour ne pas dire de haine, de l'islam et des musulmans » ; et sa reformulation dans des termes plus neutres au regard de la religion a donné lieu à des débats et rencontré de la résistance[26]. La résolution la plus récente du Conseil des droits de l'homme met, elle aussi, et à plusieurs reprises, l'accent sur la nécessité de protéger les musulmans, mais elle ne fait aucune mention des autres formes de persécution courante, en particulier de celles dont sont victimes les minorités religieuses dans les États musulmans[27].

24 Asma Jahangir, Githu Muigai et Frank La Rue, Déclaration conjointe sur la liberté d'expression et l'incitation à la haine raciale ou religieuse par la Rapporteure spéciale sur la liberté de religion ou de conviction, le Rapporteur spécial chargé des formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale et de xénophobie et le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, Bureau du Haut Commissaire aux droits de l'homme, réunion tenue en marge de la Conférence d'examen de Durban, Genève, 22 avril 2009, http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/docs/SRJointstatement22April09New.pdf.

25 Rebecca J. Dobras, « Is the United Nations Endorsing Human Rights Violations? An Analysis of the United Nations Combating Defamation of Religions Resolutions and Pakistan's Blasphemy Law », in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 37, 2009, p. 339 ; Julian Rivers, « The Question of Freedom of Religion or Belief and Defamation of Religion », in *Religion and Human Rights: An International Journal*, vol. 2, 2007, p. 113.

26 Voir Lorenz Langer, « The Rise (and Fall?) of Defamation of Religion », in *Yale Journal of International Law*, vol. 35, 2010, p. 257-258.

27 Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, *Lutter contre la diffamation des religions*, HRC Rés. 13/16, 13e session, 42e séance, Ordre du jour 9, UN Doc. A/HRC/RES/13/16, 25 mars 2010.

Les législations sur la haine religieuse sont prévues pour protéger (même si elles n'y parviennent pas toujours) les minorités religieuses vulnérables contre les conséquences du dénigrement au niveau des individus. Si on va au-delà des lois sur la haine jusqu'au concept de diffamation des religions, ce dernier risque d'être utilisé pour consolider le pouvoir et l'autorité de la majorité religieuse et de sa hiérarchie politique et religieuse. En adoptant les institutions internationales des droits de l'homme et en mettant une partie de la formulation des résolutions sur la diffamation des religions en harmonie avec le langage des droits de l'homme, les États qui ont apporté leur soutien à l'avancement du concept de diffamation des religions ont cherché à légitimer des mesures qui, autrement, constitueraient des atteintes aux libertés de religion et d'expression.

Le danger que comporte l'argument selon lequel l'orthodoxie religieuse requiert la protection de l'État est loin d'être hypothétique. Dans ses récents comptes rendus, la Rapporteure spéciale des Nations Unies sur la liberté de religion ou de conviction a mentionné le fréquent recours à des lois nationales pour imposer des conceptions religieuses particulières et pour punir ceux qui paraissent s'en éloigner. De nouveaux rapports ont fait état de poursuites engagées, dans des pays comme le Pakistan et l'Indonésie, contre les communautés ahmadies parce que leur enseignement de l'islam s'écartait de la règle. Ils ont mentionné l'utilisation généralisée de la législation sur le blasphème, au Pakistan, contre les minorités religieuses et les musulmans qui remettent en question l'orthodoxie admise ; l'introduction en Iran de la peine de mort pour apostasie ; l'interdiction de l'enseignement religieux privé au Kazakhstan et la contrainte exercée en Birmanie contre les chrétiens pour qu'ils détruisent eux-mêmes leurs églises et leurs symboles religieux[28]. Pour justifier et légitimer de telles actions répressives, on invoque de plus en plus, dans ces pays, la diffamation ou le préjudice moral dont souffrent les majorités religieuses.

Prière et éducation religieuse à l'école

La liberté religieuse et la liberté d'expression prennent toutes deux un caractère différent quand elles se situent dans le contexte d'un établissement

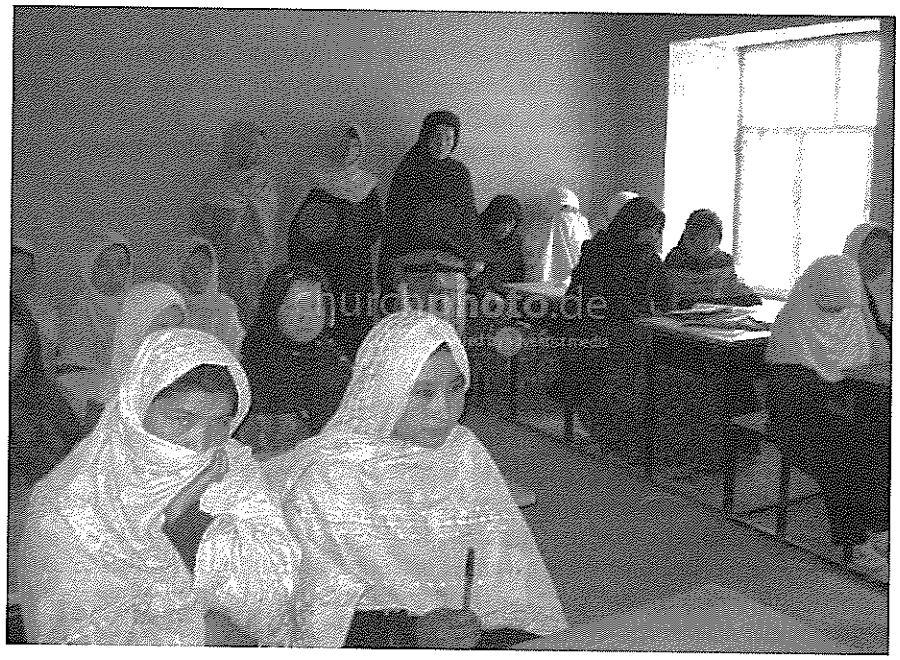
28 Asma Jahangir, Rapports de la Rapporteure spéciale sur la liberté de religion ou de conviction – Addendum – Résumés des cas portés devant les gouvernements et des réponses reçues, UN Doc. A/HRC/7/10/Add.1, 28 février 2008, [178]-[182] (traitement infligé aux chrétiens de Birmanie) ; UN Doc. A/HRC/10/8/Add.1, 16 février 2009, [55]-[60] (traitement infligé à la communauté ahmadie en Indonésie), [95]-[100] (peine de mort pour apostasie en Iran), [117]-[121] (interdiction de l'enseignement religieux privé au Kasakhstan), [158]-[161] (traitement infligé à la communauté ahmadie au Pakistan) ; UN Doc. A/HRC/13/40/Add.1, 16 février 2010, [194] (traitement infligé à la communauté ahmadie au Pakistan).

public. C'est le cas notamment dans des institutions telles que les écoles, les prisons ou les forces armées, où on ne laisse pas souvent aux gens la liberté de se soustraire à des formes de discours religieux ou à d'autres expressions qu'ils jugent offensantes. Il s'est avéré que les écoles sont un terrain de bataille particulièrement litigieux pour les questions touchant les libertés d'expression et de religion. Les enseignants et les étudiants croyants qui y passent une grande partie de leur temps peuvent vouloir manifester leur religion de différentes manières pendant le temps scolaire. Cela inclut soit le port de vêtements ou de symboles religieux (comme ceux dont on a parlé plus haut), soit la prière ou d'autres formes d'expression comme la lecture de la Bible ou la méditation. En outre, les parents – ou quelquefois les enfants eux-mêmes – souhaiteront peut-être que l'école enseigne les valeurs de la religion ou une doctrine religieuse ou qu'elle élimine du programme scolaire les sujets dont ils estiment qu'ils remettent en cause les enseignements de leur religion (par exemple, l'éducation sexuelle ou l'évolution). D'un autre côté, il peut y avoir des parents ou des élèves hostiles à ces formes d'expression religieuse ou qui s'estiment opprimés par elles ou encore contraints d'y participer.

Le droit international fournit certaines orientations pour traiter cette question. L'article 18 (4) du PIDCP déclare : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions. » Cette disposition donne donc explicitement aux parents le droit fondamental de décider de l'éducation religieuse et morale de leurs enfants ; elle a en effet été élaborée pour réagir contre les pratiques odieuses des régimes totalitaires qui ont utilisé le système éducatif pour faire en sorte que les enfants rejettent et combattent les valeurs de leurs parents.

Toutefois, la manière précise dont cette protection joue dans la pratique, en particulier dans les écoles publiques où des enfants de toutes religions et croyances doivent coexister, est loin d'être simple. Les cours et les tribunaux des différentes juridictions ont adopté diverses approches pour résoudre ces tensions. En règle générale, il est admis qu'il y a violation des droits de l'homme dès lors qu'on force des élèves à prendre part à des pratiques ouvertement religieuses ou qu'on leur impose d'assister aux cours obligatoires d'un enseignement religieux confessionnel donné ou à d'autres formes d'expression religieuse[29]. Certains pays

29 Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, *Observation générale 22* [6] : « Le Comité note que l'éducation publique incluant l'enseignement d'une religion ou d'une conviction particulière est incompatible avec le paragraphe 4 de l'article 18, à moins qu'elle ne prévoie des exemptions ou des possibilités de choix non discriminatoires correspondant aux vœux



Femmes musulmanes en classe. Afghanistan.

Photo : Natascha Bohlmann / churchphoto.de

où la séparation de l'Église et de l'État est très stricte, comme les États-Unis d'Amérique, imposent des limitations plus rigoureuses à la collaboration que les écoles peuvent avoir avec la religion, même si cette coopération n'est pas obligatoire[30]. Ainsi, dans l'affaire *Mc Collum*, la Cour suprême a jugé que, dans le programme scolaire, le système d'« opt'in » [consentement préalable, NDLT] permettant aux parents d'inscrire leurs enfants aux cours d'instruction religieuse dispensés dans l'école par les représentants de différentes religions constituait une violation de l'*Establishment Clause* du Premier amendement à la Constitution des États-Unis. Cet enseignement, en effet, se faisait sur une propriété financée

des parents et des tuteurs. » Art. 18, Add.4, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 ('General Comment 22'), 1993.

30 Voir, par exemple, *Illinois ex rel McCollum c. Board of Education*, 333 US 203, 1948 ; *School District of Abingdon Township c. Schempp*. 374 US 203, 1963 ; *Wallace c. Jaffree*, 472 US 38, 1985 ; *Edwards c. Aguillard*, 482 US 578, 1987 ; *Kitzmiller c. Dover Area School* District, 400 F. Supp. 2d 707, 2005.

sur les fonds publics et il nécessitait l'« étroite coopération » des autorités scolaires et religieuses[31]. Le fait que les enfants ne désirant pas assister à ces séances pouvaient suivre pendant ce temps d'autres cours – laïques, ceux-là – n'entrait pas en ligne de compte dans cette question[32]. Il était également interdit aux écoles d'encourager la religion par l'utilisation de la prière, même si la participation des élèves était volontaire. La Cour suprême a statué que « le soutien apporté par l'école pour véhiculer un message religieux est inacceptable car c'est une manière implicite de dire à ceux qui n'y adhérent pas qu'ils sont "étrangers à la communauté politique, qu'ils n'en sont pas des membres à part entière" et à ceux qui y adhèrent"qu'ils font partie de la communauté politique, qu'ils en sont les membres privilégiés" [33] ».

Les tribunaux de certains autres pays et le Comité des droits de l'homme de l'organisation des Nations Unies ont été un peu moins directifs, sans doute notamment parce qu'ils ont mis l'accent sur la liberté religieuse sans la complication d'une clause de non-établissement. Ils se sont montrés prêts à autoriser l'enseignement religieux pour autant que les parents ou les élèves puissent vraiment choisir de ne pas y assister – et cela, sans conditions exorbitantes et injustifiées. En outre, le sujet enseigné (y compris l'information concernant la religion) ne doit pas être supprimé simplement parce que certains parents ou élèves s'opposent, pour des motifs religieux ou philosophiques, à son inscription au programme. À la suite d'une requête contre un cours de religion mis en place dans les écoles publiques norvégiennes, la Cour européenne des droits de l'homme a résumé sa jurisprudence des précédentes décennies[34]. Elle relève que l'instruction religieuse est une matière comme une autre et que la religion ou les convictions des parents doivent être respectées par l'État « dans l'ensemble du programme de l'enseignement public [...] Cette obligation a une large application car elle vaut non seulement pour le contenu de l'instruction et la manière de la dispenser, mais aussi dans l'exercice de toutes les

31 *McCollum c. Board of Education*, 333 US 203, 1948, 333 US at 464 (J. Black, avis de la Cour).

32 *Id* at 472-75 (J. Frankfurter, opinion concordante).

33 *Santa Fe Independent School District c. Doe* 530 US 290 at 309, 2000 (J. Stevens, avis de la Cour), qui cite *Lynch c. Donnelly* 465 US 668 at 688, 1984 (J. O'Connor, opinion concordante).

34 *Folgerø c. Norvège*, 2008, 46 EHRR 47 at 1186-7, consultable sur : http://www.cingo-strasbourg.eu/Reference/Folgero.pdf. Parmi les principaux jugements antérieurs de la Cour sur ce sujet : *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen c. Danemark*, 1976, 23 ECHR. (ser. A) ; 1976, 1 EHRR 711 (*'Pedersen c. Danemark'*) ; *Campbell and Cosans c. Royaume Uni* (1982) 48 ECHR (ser. A) ; 1982, 4 EHRR, 293.

"fonctions" assumées par l'État[35]. » Les intérêts des minorités ne peuvent pas être simplement subordonnés à ceux de la majorité : un équilibre doit être atteint « qui assure aux minorités un traitement juste et équitable et qui évite tout abus d'une position dominante[36] ». Mais les parents n'ont pas le droit « de laisser leurs enfants dans l'ignorance en matière de religion et de philosophie » dans l'éducation qu'ils reçoivent[37]. La Cour européenne a également été plus ouverte à l'idée que le fait de permettre aux élèves de quitter le cours de religion suffisait à protéger leurs droits, mais elle n'a pas paru prendre très au sérieux les difficultés et les pressions sociales que cela peut entraîner pour les enfants[38].

Les symboles religieux dans les espaces publics

La question sur la place des symboles dans les espaces ou les établissements publics engendre une tension analogue à celle qui se fait sentir dans les écoles. Parmi les affaires qui ont soulevé ce problème, on retiendra, notamment, celles qui concernaient, en Italie, la présence de crucifix dans les salles de classe[39], et, aux États-Unis, des décorations statutaires des Dix commandements sur les murs d'un palais de justice[40] et sur le terrain du Capitole d'un des États[41], le refus d'ériger des monuments pour des religions concurrentes[42], l'exposition de scènes de la nativité par un conseil municipal[43] et la construction de

35 *Folgerø c. Norvège, idem.* Cela n'engage pas l'école à se conformer à n'importe quelle volonté ou préférence passagère des parents, mais uniquement aux « opinions qui ont une certaine fermeté, du sérieux, de la cohérence et de la valeur ».

36 *Id.*, at 1187.

37 *Ibidem*, at 1188-9. Voir également : The Office for Democratic Institutions and Human Rights Advisory Council of Experts on Freedom of Religion or Belief, *Toledo Guiding Principles on Teaching About Religions and Beliefs in Public Schools*, OSCE/ODIHR, 2007. Conseil consultatif d'experts sur la liberté de religion et de conviction de l'OSCE (Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe), « *Principes directeurs de Tolède sur l'enseignement relatif aux religions et convictions dans les écoles publiques* », IESR - Institut européen en sciences des religions, mis à jour le 01/04/2008, URL : http://www.iesr.ephe.sorbonne.fr/index4392.html.

38 Même si elle a tenu un peu plus sérieusement compte des problèmes liés à l'« opting out » [clause d'exemption] dans *Folgerø c. Norvège*, 2008, 46 EHRR, 47.

39 *Lautsi c. Italie* (Cour européenne des droits de l'homme, Seconde section, Application No 30814/06, 3 novembre 2009). Voir également *Capitol Square Review Board c. Pinette*, 515 US 753, 1995.

40 *McCreary County, Kentucky c. ACLU of Kentucky*, 545 US 844, 2005.

41 *Van Orden c. Perry*, 545 US 677, 2005.

42 *Pleasant Grove City, Utah c. Summum*, 129 S. Ct. 1125, 2009.

43 *County of Allegheny c. ACLU of Greater Pittsburgh*, 492 US 573, 1989 ; *Lynch c. Donnelly*, 465 US 668, 1984.

souccahs pour célébrer la fête d'automne juive de Souccot[44]. Dans les pays où il y a, notamment, une position fortement dominante, historique, d'un groupe religieux donné, certains estiment peut-être que les symboles de ce groupe ne sont pas simplement religieux mais qu'ils font partie de la culture générale et qu'ils ont le droit d'être affichés en reconnaissance du rôle important de ladite religion au sein de la culture. Mais d'autres trouvent que c'est ne faire aucun cas de la distance qui doit normalement séparer l'Église et l'État, et ils craignent que la présence de symboles religieux fassent des institutions publiques des lieux hostiles et aliénants pour ceux qui appartiennent à des minorités religieuses et ceux qui ne sont pas croyants.

Le vêtement religieux peut également poser problème lorsqu'il est arboré par des personnes travaillant dans le secteur public car on peut se demander si c'est par prosélytisme déplacé ou si cela signifie que l'État approuve la religion de ceux qui le portent ou bien qu'il y adhère. C'est en général le cas avec les employés amenés par leurs fonctions à être en contact avec le public, et tout particulièrement ceux qui ont une position d'autorité (comme un enseignant ou un juge)[45]. Même si le vêtement religieux est porté par des particuliers, lorsqu'il l'est par les employés du secteur public peut soulever des doutes à savoir si une telle façon de s'habiller n'est pas en soi une manière regrettable d'imposer le symbolisme religieux dans les espaces publics.

La passion avec laquelle ces questions sont débattues peut se percevoir dans les réactions du public à l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Lautsi c. Italie* dite « du crucifix italien »[46]. Le cas lui avait été soumis

44 *Syndicat Northcrest c. Amselem*, SCC 47, 2004.

45 Holly Bastian, « Religious Garb Statutes and Title VII: An Uneasy Coexistence », in *Georgetown Law Journal*, vol.80, 1991-1992, p. 211 ; Derek Davis, « Reacting to France's Ban: Headscarves and Other Religious Attire in American Public Schools » , in *Journal of Church and State*, vol. 46, 2004, p. 221 ; Human Rights Watch, « *Discrimination in the Name of Neutrality: Headscarf Bans for Teachers and Civil Servants in Germany*, rapport de février 2009 consultable en anglais sur : http://www.hrw.org/en/node/80829/section/1, sqq. ; Karl Klare, « Power/Dressing: Regulation of Employee Appearance », in *New England Law Review*, vol. 26, 1991-1992, p. 1395 ; Sylvie Langlaude, « Indoctrination, Secularism, Religious Liberty and the ECHR », in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, p. 929 ; Hindy Lauer Schachter, « Public School Teachers and Religiously Distinctive Dress: A Diversity-Centred Approach », in *Journal of Law and Education*, vol. 22, 1993, p. 61.

46 *Lautsi c. Italie*, Application No 30814/06 (Unreported, European Court of Human Rights, Seconde section, 3 novembre 2009). Texte français consultable sur : http://www.rtdh.eu/pdf/20091103_lautsi_c_italie.pdf.

par la mère de deux enfants, élèves dans une école publique qui affichait sur ses murs des crucifix : cela portait atteinte, disait-elle, à sa liberté de religion ainsi qu'à son droit d'éduquer ses enfants selon ses propres croyances et valeurs. Elle contestait également une directive du ministère de l'Éducation recommandant la présence de crucifix dans les salles de classes. La requérante a fait valoir que « l'exposition du crucifix a pour répercussion une pression indiscutable sur les mineurs et donne le sentiment que l'État est loin de ceux qui ne partagent pas les convictions chrétiennes. La notion de laïcité impose à l'État de rester neutre et de faire preuve d'équidistance à l'égard de toutes les religions ; il ne devrait pas être perçu comme étant plus proche de certains citoyens que d'autres. » Le gouvernement, en revanche, a fait ressortir que l'affichage d'une croix n'était « pas le signe d'une préférence pour une religion, puisqu'elle rappelle une tradition culturelle et des valeurs humanistes partagées par d'autres personnes que les chrétiens ». L'État a reconnu qu'il avait un devoir de neutralité et d'impartialité, mais il a souligné qu'il ne l'avait pas violé en l'espèce. Tout en admettant que la croix avait « une pluralité de significations », la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que sa « signification prédominante était religieuse ». Elle a donc conclu que sa présence avait violé le droit du parent d'éduquer son enfant selon ses convictions (article 2 du protocole n°1) conjointement avec le droit à la liberté de religion ou de conviction (article 9 de la Convention)[47]. Elle a raisonné ainsi :

> « La présence du crucifix peut aisément être interprétée par des élèves de tous âge comme un signe religieux, et ils se sentiront éduqués dans un environnement scolaire marqué par une religion donnée. Ce qui peut être encourageant pour certains élèves religieux peut être perturbant émotionnellement pour des élèves d'autres religions ou ceux qui ne professent aucune religion. Ce risque est particulièrement présent chez les élèves appartenant à des minorités religieuses. La liberté négative de religion ne se limite pas à l'absence de services religieux ou d'enseignement religieux. Elle s'étend aux pratiques et aux symboles exprimant, en particulier ou en général, une croyance, une religion ou l'athéisme. Ce droit négatif mérite une protection spéciale si c'est l'État qui exprime une croyance et si ceux qui n'y adhèrent pas sont placés dans une situation dont ils ne peuvent pas s'extraire à moins de consentir des efforts et des sacrifices disproportionnés[48]. »

47 *Idem*, at [32] (argumentation de la requérante), [40] (argumentation du demandeur : le gouvernement), [51], [57]-[58] (décision de la Cour).

L'arrêt de la Cour européenne (qui a été interjeté en appel devant la Grande chambre) a été accueilli avec une véhémente réprobation par les responsables politiques italiens, le Vatican et une grande partie de l'opinion publique italienne. On peut se faire une idée des discours qui se sont multipliés à propos de la place des symboles religieux dans la vie publique et de la manière dont ces questions sont parfois perçues comme ayant des implications culturelles en lisant la réflexion de Maria Stella Gemini, ministre de l'Éducation italienne, qui aurait déclaré : « Personne, pas même une quelconque Cour européenne animée par son idéologie ne réussira à gommer notre identité. » Un autre ministre du gouvernement a ajouté : « La Cour européenne a foulé aux pieds nos droits, notre culture, notre histoire, nos traditions et nos valeurs[49]. » De tels propos reflètent les enjeux culturels importants qui sont attachés aux symboles religieux dans certains contextes, mais les passions qui les habitent risquent de compromettre un règlement négocié des différends concernant ces questions.

Conclusion

Le rapport entre la liberté de religion et la liberté d'expression est complexe. Les croyants témoignent de leurs convictions non seulement par des déclarations explicites mais aussi par divers symboles qui sont importants pour eux. Sans une protection solide de la liberté d'expression, nombre de pratiques religieuses sont menacées : à cet égard, la relation entre les deux libertés est importante, complémentaire. De plus, certaines formes d'expression constituent une menace pour ceux qui croient ou pour la liberté de religion. Les propos haineux, la diffamation, le blasphème et d'autres formes de discours visant les opinions religieuses sont souvent difficiles à supporter pour certains croyants ; cela va entraîner des mesures de restrictions de la liberté d'expression afin qu'ils n'aient pas à subir des préjudices, des offenses ou des brimades. D'un autre côté, l'affichage de symboles religieux dans les institutions publiques ou l'enseignement de la religion dans les écoles publiques peuvent apparaître comme une reconnaissance de l'importance culturelle d'une religion donnée dans une société. Mais il y en a pour qui cela semblera quelque chose d'oppressif et d'aliénant parce qu'associant l'État à un point de vue religieux particulier au détriment des autres formes de religion ou de conviction. Quant au

48 *Id.*, at [55].

49 John Hooper, « Human Rights Ruling Against Classroom Crucifixes Angers Italy », in *The Guardian*, Londres, 3 novembre 2009. Voir aussi Richard Owen, « Italy Challenges Ruling That Crucifix in Class Violates Religious Freedom », in *The Times*, Londres, 3 novembre 2009).

port de vêtements religieux, il a une valeur religieuse et représentative considérable, mais il peut soulever des questions complexes par rapport aux droits des femmes ou à la sécurité nationale.

Il n'y a pas de moyen simple ou de formule toute faite pour résoudre ces tensions. La liberté de religion ou de conviction et la liberté d'expression ne bénéficient ni l'une ni l'autre d'une protection absolue dans le droit international ou dans la plupart des législations nationales, qui reconnaissent que ces droits doivent quelquefois céder le pas à d'autres considérations importantes. Quand il s'agit de trouver des solutions concrètes à des problèmes particuliers dans certains pays, les facteurs culturels et politiques peuvent avoir autant d'importance que les considérations juridiques et les préoccupations des droits de l'homme. Il est probable que les problèmes abordés dans cet article ne feront que s'accentuer dans les années à venir. Certains courants religieux sont devenus intolérants à l'égard des formes d'expression qui ne sont pas strictement conformes à l'orthodoxie religieuse ; et dans le même temps, un fossé est en train de se creuser entre ceux qui veulent que l'expression de la religion soit plus visible dans la sphère publique et ceux qui souhaitent voir moins de symboles religieux. La mondialisation implique que lorsqu'un conflit éclate en Italie (pour une question de croix) ou au Danemark (à cause de caricatures), il est capable de se propager en l'espace de quelques jours à travers le monde entier et d'entraîner de graves perturbations sociales dans des pays très éloignés de ceux où il est né. Les sociétés et les tribunaux risquent, dans ce cas, d'avoir à résoudre un plus large éventail de problèmes complexes situés au croisement de la religion et de l'expression et à assumer les conséquences politiques et sociales de leurs décisions qui seront de plus en plus nombreuses.

QUEL AVENIR POUR LA LIBERTÉ RELIGIEUSE EN AMÉRIQUE ?

Douglas Laycock*

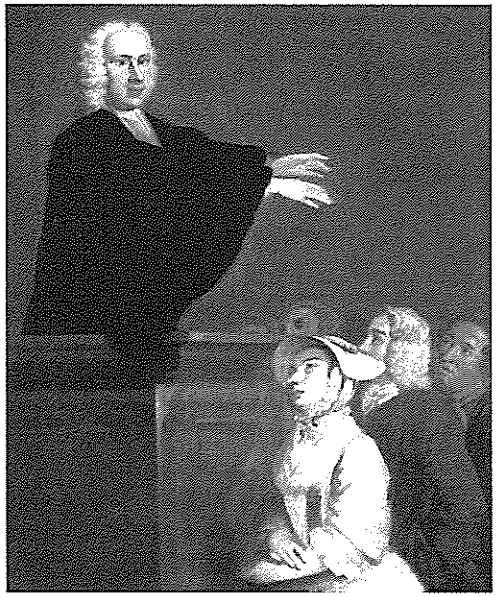
J'ai écrit ce texte pour le vingt-cinquième anniversaire du Centre d'études Emory sur le droit et la religion (Emory Center for the Study of Law and Religion). D'après ce que j'avais compris, on demandait surtout aux orateurs de faire des prévisions sur ce qui allait se passer dans les vingt-cinq prochaines années. Peut-être ai-je pris cette consigne plus à la lettre que les autres intervenants – j'ai la réputation d'être quelqu'un de scrupuleux. Toujours est-il que, pour moi, la question signifiait : Qu'en sera-t-il de la liberté religieuse en 2032 ? Si seulement je le savais ! Si j'étais capable de prédire l'avenir, j'aurais fait fortune à la Bourse depuis longtemps. Non, ce n'est pas un sujet que j'aurais choisi de moi-même pour un discours. Tout ce que je peux faire, c'est étudier le passé, observer les tendances actuelles, analyser ce qui a infléchi les tendances passées et tenter de faire des extrapolations pour l'avenir. Mais je ne sais pas quel sera le prochain tournant majeur, ni quand il surviendra.

L'influence des changements du monde religieux sur les lois concernant la liberté religieuse

Les changements dans le passé. Tout au long de l'histoire de l'Amérique, les changements dans les croyances religieuses et le comportement religieux des Américains ont entraîné des modifications dans la nature des conflits religieux, modifications qui elles-mêmes ont été à l'origine d'une grande partie de la législation sur la liberté religieuse[1]. Ainsi, le premier grand réveil religieux [The Great

* Professeur de droit à la faculté Yale Kamisar de l'université du Michigan. Une première version de cet article a été publiée dans son ouvrage *Religious Liberty*, vol. 1, Eerdmans (éd.), Grand Rapids, Michigan (USA), 2010. Elle est publiée ici avec la permission de l'auteur et de l'éditeur.

1 Ces réajustements périodiques du conflit religieux sont étudiés plus en détail dans Douglas Laycock, « Church and State in the United States: Competing Conceptions and Historic Changes », in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol 13, n°2, Indiana University Press, Bloomington, 2006, p. 503, 507-13. Version française : « La religion et l'État aux États-Unis : affrontements des théories et changements historiques », in *La conception américaine de la laïcité*, Coll. « Actes, thèmes et commentaires », Elisabeth Zoller, éd., Dalloz, Paris, 2005.



Le révérend George Whitefield (1714–1770), pasteur anglican qui a contribué au Grand Réveil en Angleterre, et particulièrement dans les colonies anglaises de l'Amérique du Nord. Il est considéré comme la figure la plus importante du méthodisme.

Peinture à l'huile, 1742, The Granger Collection, New York.

Photo : Encyclopedia Britannica Online

Awakening, NDLT], qui a débuté dans les années 1740, a entraîné la séparation de l'Église et de l'État dans divers États et l'inscription, dans la Constitution fédérale, de garanties concernant le libre exercice de la religion et la séparation de l'Église et de l'État.

L'arrivée massive d'immigrants catholiques à partir des années 1820 a donné naissance à un violent conflit religieux au sujet des pratiques religieuses dans les écoles publiques et à des revendications concernant le financement des écoles privées. Les débats juridiques actuels sur la prière à l'école – et plus généralement les exercices religieux encouragés par le gouvernement en milieu scolaire – et sur les aides financières accordées aux écoles religieuses – et de manière plus générale aux institutions religieuses – viennent directement de ces conflits du XIX[e] siècle.

L'intégration des catholiques comme celle des juifs dans la société américaine et dans son élite dirigeante et, plus globalement, l'acceptation progressive du pluralisme religieux expliquent les décisions prises au sujet de la prière à l'école en 1962 et 1963 ainsi que la règle – habituellement observée mais avec des exceptions – selon laquelle le gouvernement ne peut appuyer aucune opinion religieuse particulière[2].

2 *Abington Township School District c. Schempp*, 374 US 203, 1963 ; *Engel c. Vitale*, 370 US 421, 1962. Concernant la règle de neutralité religieuse, voir, par exemple, *Santa Fe Independant School District c. Doe*, 530 US, p. 290, 306-08, 2000

Depuis un certain temps, nous vivons dans une période caractérisée par une grande ferveur religieuse évangélique que je qualifierais de « quatrième grand réveil », même si cette appellation semble être sujette à controverse parmi les spécialistes. Ce grand réveil, qui a commencé dans les années 1970 et qui se poursuit encore aujourd'hui, a incité les chrétiens évangéliques à bâtir tout un réseau d'écoles privées. C'est ce qui les a amenés à modifier leur point de vue sur l'aide publique apportée aux écoles religieuses. Leur changement de position a puissamment contribué au recadrage des questions constitutionnelles liées à cette aide. Les catholiques n'étaient plus les seuls à réclamer des subventions pour les écoles privées : ils avaient à présent le soutien d'une large coalition comprenant des catholiques, des évangéliques, des partisans de l'économie de marché et des parents appartenant à la communauté noire américaine déçus par les failles de l'école publique. Ce recentrage du problème a concouru à ce que les électeurs décisifs de la Cour suprême modifient leur position par rapport au subventionnement des écoles privées : ils sont passés d'une interdiction presque totale de l'aide financière dans les années 1970 à la définition, vers le début des années 2000, d'une méthode constitutionnelle permettant de fournir cette aide en fonction des choix du pouvoir législatif[3].

Au cours de ce quatrième grand réveil, la religion évangélique a vu son activité, sa visibilité et son influence progresser de façon spectaculaire. Le nombre de ses membres s'est probablement accru, lui aussi. Mais l'aspect le plus marquant a été la décision des évangéliques d'entrer en politique et de créer des associations destinées à régler les litiges afin de protéger la liberté religieuse. Leur activisme étant une réaction à ce qu'ils considéraient comme la sécularisation de la société, il a, bien sûr, entraîné une réaction contraire de la part du monde séculier. L'opposition entre ces deux courants s'est traduite par l'augmentation des procès ayant trait à la liberté religieuse, devant les tribunaux en général et la Cour suprême en particulier. Mais si les actions menées par les évangéliques étaient nécessaires, elles n'ont pas été suffisantes. Il a aussi fallu, le plus souvent, le soutien des défenseurs des libertés civiles pour que le *Religious Freedom Restoration Act*, le *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, le *Religious Liberty and Charitable Donations Protection Act* et treize

3 Comparer *Zelman c. Simmons-Harris*, 536 US 639, 2002 avec *Lemon c. Kurtzman*, 403 US 602, 1971. Pour plus d'informations sur les raisons de ce changement et la façon dont il s'est opéré, voir Thomas C. Berg, « Anti-Catholicism and Modern Church-State Relations », in *Loyola University Chicago Law Journal*, vol.33, Chicago, 2001, p. 121 ; Douglas Laycock, « Why the Supreme Court Changed Its Mind About Government Aid to Religious Institutions: It's a Lot More than Just Republican Appointments », in *Brigham Young University Law Review*, vol. 2, 2008, p. 275 ; Ira C. Lupu, « The Increasingly Anachronistic Case Against School Vouchers », in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol. 13, 1999, p. 375.

Religious Freedom Restoration Acts soient adoptés[4]. L'activisme des évangéliques s'est également opposé avec force à la position de la Cour suprême selon laquelle le gouvernement ne devrait pas prendre parti sur les questions de religion.

Tous ces changements ont été initiés par une large coalition, mais nous savons aussi qu'un simple groupe peut à lui seul contribuer à de profondes évolutions : les procès engagés par les témoins de Jéhovah, de la fin des années 1930 au début des années 1950, en sont un exemple marquant[5].

Des questions qui restent toujours d'actualité. Les détails changent, les coalitions changent, les vainqueurs changent, mais les problèmes demeurent. Depuis les années 1820[6], les Américains se battent à propos de la religion dans les écoles publiques et de l'aide financière apportée aux écoles privées religieuses. Les conflits sont plus ou moins marqués selon les époques, et parfois – notamment en temps de guerre – ils passent au second plan, les gens ayant d'autres préoccupations. Mais ces questions reviennent régulièrement sur le tapis et les arguments, eux, ne varient pas beaucoup. Aux yeux des uns, les écoles publiques sont neutres et conviennent à tous, elles jouent un rôle fondamental dans la socialisation des enfants et – ce qui

4 Voir Religious Freedom Restoration Act, US Code, titre 42, chap. 21b, § 2000bb, sqq., 2000, (protégeant l'exercice de la religion contre les lois fédérales) ; Religious Land Use and Institutionalized Persons Act, US Code, titre 42, chap. 21c, § 2000cc, sqq., 2000 (protégeant l'usage de biens immobiliers à des fins religieuses et protégeant la pratique religieuse des détenus et des personnes placées en hôpitaux psychiatriques et « autres » « institutions similaires ») ; Religious Liberty and Charitable Donations Protection Act, Pub. L. No. 105-183, 112 Stat. 517, 1998 (amendant US Code, titre 11, sections 544, 546, 548, 707 et 1325, de 1994) (protégeant les associations caritatives contre les réclamations des créanciers de donateurs en faillite). Les références des Religious Freedom Restoration Acts votées par divers États sont réunies dans le Commentaire de Douglas Laycock, « Theology Scholarships, the Pledge of Allegiance, and Religious Liberty: Avoiding the Extremes but Missing the Liberty », in *Harvard Law Review*, vol. 118:155, 2004, p. 211, note 368.

5 Les références de ces affaires figurent dans l'article de Douglas Laycock, *A Survey of Religious Liberty in the United States*, in Ohio state Law Journal, vol. 47, Columbus, Ohio, 1986, p. 409, 419-20 : notes 60-72. Pour un exemple plus récent d'action menée avec succès par les témoins de Jéhovah, voir *Watchtower Bible and Tract Society of New York Inc. and al. c. Village of Stratton and al.* 536 US 150, 2002.

6 Voir Philip Hamburger, *Separation of Church and State*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 2002, p. 220, 221. Je suis d'accord avec P. Hamburger concernant les faits qu'il présente, mais pas avec son analyse, qui est souvent peu vraisemblable et tendancieuse. Concernant Hamburger, voir Kent Greenawalt, « History as Ideology: Philip Hamburger's Separation of Church and State », in *California Law Review*, vol. 93, Berkeley, 2005, p. 367 et Douglas Laycock, « The Many Meanings of Separation », in *University of Chicago Law Review*, vol. 70, Chicago, 2003, p. 166.

n'a aucun rapport – dans la sauvegarde des valeurs américaines ; le gouvernement ne devrait pas soutenir l'enseignement de la religion ; les écoles privées confessionnelles se mettent à part et divisent l'opinion. Pour les autres, les écoles publiques ne sont pas neutres et ne peuvent convenir aux minorités religieuses importantes ; elles inculquent une vision essentiellement politique de la religion ; les écoles privées, elles, enseignent l'ensemble du programme scolaire et pas seulement la religion, et les familles ne devraient pas être contraintes de choisir entre leur foi et le droit pour leurs enfants de recevoir un enseignement gratuit. Nous nous battons sur ces sujets depuis cent quatre-vingts ans et je peux dire, sans grand risque de me tromper, que nous nous querellerons encore à ce propos en 2032.

Les batailles concernant le libre exercice de la religion ont été plus épisodiques, mais elles durent depuis plus longtemps encore. Ici, la question centrale est de savoir si, et dans quelle mesure, certains comportements fondés sur des motifs religieux devraient échapper au contrôle du gouvernement. Ce problème remonte au moins à 1669, lorsque la colonie de la Caroline a permis aux objecteurs de conscience de ne pas prêter serment[7]. Il y a eu, pendant la période coloniale et la Révolution américaine, des batailles politiques majeures sans fin à propos de l'exemption du service militaire[8]. Le contentieux constitutionnel sur ce sujet date au moins de 1813[9]. Le procès qui s'est déroulé cette année-là a donné lieu à des débats et à une médiatisation qui l'a présenté comme un cas-test, ce qui montre bien que l'on savait

7 Fundamental Constitutions of Carolina, § 100, 1669, réimprimé dans *5 The Federal and State Constitutions, Colonial Charters and Other Organic Laws of the State, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America*, Francis Newton Thorpe, éd., 1909, p. 2772, 2784. Consultable sur le site http://www.archive.org/details/federalstatecons01thoriala.

8 Comparer la position de Douglas Laycock dans « Regulatory Exemptions of Religious Behavior and the Original Understanding of the Establishment Clause », in *Notre Dame Law Review*, vol. 81, 2006, p. 1793, 1808-1825 (pour qui ce débat s'est conclu par une décision législative en faveur de l'exemption pour motif religieux, celle-ci étant soumise à l'obligation de contribuer à l'effort de guerre d'une manière qui ne soit pas en contradiction avec la conscience personnelle) avec celle de Philip Hamburger dans « Religious Freedom in Philadelphia », in *Emory Law Journal*, vol. 54, 2005, p. 1603 (selon lequel ce débat s'est conclu par une décision législative défavorable, les organisations pacifistes n'ayant pas obtenu l'exemption pour motif religieux *sans condition* qu'elles demandaient).

9 *People c. Phillips* (New York Court of General Sessions, 14 juin 1813), cité dans Michael W. McConnell, John H. Garvey, Thomas C. Berg, in *Religion and the Constitution*, 2e édition, Aspen Pub., New York, 2006, p. 103. Voir aussi *Stansbury c. Marks*, 2 US (2 Dall.) 213, § 1793 (au sujet du litige concernant les juifs pouvant être appelés à témoigner le jour du sabbat ; ce cas a manifestement été réglé et la cause de la réclamation n'est pas précisée).

que le problème risquait de se poser à nouveau[10]. Je suppose que nous discuterons encore de ces questions en 2032.

Tendances nouvelles et évolutions prévisibles

Les questions juridiques essentielles demeurent, mais la façon dont elles sont abordées varie avec les changements qui s'opèrent dans les croyances et les comportements religieux. Pouvons-nous, alors, prévoir des évolutions dans ces domaines ?

Le quatrième grand réveil prendra fin. Le quatrième grand réveil va décliner peu à peu et s'achever. Il va probablement laisser derrière lui d'importants changements – création de nouvelles universités, de nouvelles Églises de très grande taille, de nouvelles lois sur la liberté religieuse, de nouveaux organismes chargés de traiter les litiges – mais la ferveur religieuse de la dernière génération ne perdurera pas. Je ne fonde pas cette prédiction sur le seul fait que les trois premiers grands réveils ne se sont pas maintenus, encore que ces réveils semblent avoir une certaine durée de vie et que le dernier approche manifestement de la fin. Mais pour l'observateur extérieur et peu averti dans le domaine théologique, le mouvement se délite : l'absence d'un candidat crédible pour le conservatisme social lors des élections primaires du parti républicain, en 2008, en est une illustration. Et il y a plus : l'émergence d'une grande variété de théologies et d'engagements politiques[11], comme le mouvement écologique évangélique, qui suscite des controverses, des ouvrages tels qu'*Une vie motivée par l'essentiel*, de Rick Warren ou *La prière de Jabez*, de Bruce Wilkinson et bien d'autres variantes de la théologie de la prospérité. Bien sûr, le fait que ce réveil soit en perte de vitesse ne signifie pas nécessairement qu'il manque de dynamisme, et la politique est quelque chose de secondaire pour un mouvement religieux ; l'activisme politique des croyants conservateurs pourrait s'essouffler et même s'arrêter sans que cela sonne pour autant le glas du réveil religieux. Mais ce dernier s'est particulièrement distingué par son activisme politique et, ce qui est encore plus déterminant, le passé nous a appris que tous les réveils religieux finissent par s'éteindre.

Le quatrième grand réveil prendra donc fin, sauf, bien entendu, si cette fois la situation évolue différemment. Or ce mouvement a pris naissance en réaction contre des menaces morales et politiques très précises. Celles-ci, peut-être, peuvent lui servir encore de point d'appui pour se maintenir. Il y a eu d'abord la crainte de voir

10 Voir l'ouvrage de William Sampson, *The Catholic Question in America* (réimpression photo 1974), 1813.

11 Pour un point de vue journalistique, voir l'article de David D. Kirkpatrick, « The Evangelical Crackup », in *New York Times Magazine*, n° 38, 28 octobre 2007.

l'exonération fiscale supprimée pour les établissements scolaires privés pratiquant la ségrégation raciale, qui a poussé les évangéliques à l'action politique[12]. Ensuite d'autres causes – plus honorables – l'ont bientôt remplacée, la plus notoire et la plus importante étant celle de l'avortement, auquel s'ajoute aujourd'hui le mariage entre personnes du même sexe. On constate toujours une évolution, mais c'était déjà le cas pour le troisième grand réveil, et cela n'a pas suffi pour le sauver. Et puis, il y a plus généralement les problèmes de moralité sexuelle ou ceux de la laïcité dans les écoles publiques, mais ils sont moins aigus. Quant aux problèmes concernant la fin de vie, qui sont également d'actualité, c'est sur eux que le mouvement pour le droit à la vie échouera surtout : un très grand nombre d'Américains craignent en effet d'être maltraités par le système médical pendant leurs derniers jours ici-bas[13]. Je reviendrai sur le sujet du mariage entre personnes du même sexe, mais je pense qu'à long terme le cheval de bataille et le moteur principal de l'activisme des conservateurs religieux sera l'avortement.

À mon avis, cependant, cette question-là ne permettra pas non plus au quatrième grand réveil de garder son niveau d'intensité actuel, et il se peut très bien qu'elle prenne une toute autre tournure d'ici 2032. Si l'arrêt rendu dans l'affaire *Roe c. Wade* est invalidé ou vidé de sa substance, le problème de l'avortement sera confié au corps législatif, la coalition républicaine actuelle éclatera, et dans la plupart des États l'avortement restera légal, mais soumis à plus de restrictions qu'auparavant. À l'inverse, la nomination de nouveaux juges à la Cour suprême pourrait largement confirmer l'arrêt rendu dans *Roe c. Wade* et éloigner la perspective de son annulation. Cette issue semble beaucoup moins probable, mais, si cela se produit, le mouvement anti-avortement aura du mal à survivre. La violence du conflit, au cours de ces trente-cinq dernières années, s'explique en partie par les profonds enjeux moraux que comporte l'avortement pour chacun des deux camps, mais également par le sentiment qu'un changement profond était possible – qu'il ne tenait plus

12 H.W. Perry, Jr. & L.A. Powe, Jr., « The Political Battle for the Constitution », in *Constitutional Commentary*, vol. 21, n° 3, University of Minnesota Law School, 2004, p. 641.

13 Voir l'article de James Lindgren, « Death by Default », in *Law and Contemporary Problems*, vol. 56, n° 3 (rassemblant des données), 1993, p. 185, 197-207, 231-254. Voir également celui de Kathryn L. Tucker, « In the Laboratory of the States: The Progress of Glucksberg's Invitation to States to Address End-of-Life Choices », in *Michigan Law Review*, vol. 106, University of Michigan Law School, 2008, p. 1593, 1607-08 (montrant, chiffres à l'appui, qu'une très large majorité de gens est en faveur du suicide assisté) ; Peter A. Singer, Douglas K. Martin, Merrijoy Kelner, « Quality End-of-Life Care: Patients' Perspectives », in *Journal of American Medical Association*, vol. 281, n°. 2, 13 janvier 1999, p. 163, 165, 166 (qui analyse une courte étude portant sur des patients canadiens gravement malades). L'auteur principal de cette étude est médecin à l'université de Toronto et non le bioéthicien de Princeton.

qu'à une seule nomination à la Cour suprême – et que l'espoir ou la menace de ce changement motivait d'intenses efforts de part et d'autre.

Les progrès technologiques pourraient aussi avoir une influence sur la question de l'avortement. Si les avancées médicales permettent de maintenir en vie, hors de l'utérus, des fœtus à un stade encore précoce, l'avortement ne sera plus nécessaire pour permettre aux femmes de disposer de leur corps. Mais les contribuables risquent de ne pas vouloir assumer le coût de la survie de tous ces fœtus et les coalitions des deux parties seront soumises à d'énormes pressions. Si, par ailleurs, les progrès de la recherche pharmaceutique offrent la possibilité d'avorter chez soi ou dans le cabinet des gynécologues et des spécialistes de médecine interne, il sera impossible d'exercer un véritable contrôle.

Bien sûr, on peut aller encore beaucoup plus loin dans la prédiction de changements considérables, comme on peut ne pas du tout les voir venir. Il est possible que l'avortement soit toujours un problème en 2032, qu'il passionne encore les conservateurs religieux et qu'il continue à se pratiquer dans des cliniques assiégées par des manifestants. Je ne serai pas particulièrement surpris s'il en est ainsi, mais je suis à peu près certain que ce ne sera pas le cas.

L'affaiblissement du conflit religieux aux États-Unis

Dire que le quatrième grand réveil va prendre fin, c'est dire que la ferveur religieuse va faiblir. Ce qui implique que les conflits religieux perdront également de l'intensité, puisque, dans ce pays, leur principale cause réside dans l'engagement religieux.

La religion dominante aux États-Unis est un théisme modéré. Au centre de l'éventail religieux se trouvent à la fois ceux qui n'ont de croyants que le nom et les vrais croyants peu engagés. Cette catégorie intermédiaire, très largement représentée, a tendance à se montrer méfiante – ou même un peu craintive et hostile – à l'égard des incroyants, d'un côté, et des croyants fervents, de l'autre. Mais le conflit religieux le plus violent est celui qui oppose les deux extrêmes de l'éventail, à savoir les croyants très engagés et les incroyants convaincus. Si les passions s'apaisent chez l'un ou l'autre de ces deux groupes, le conflit religieux s'apaisera également. Je ne dis pas qu'il disparaîtra, mais il s'atténuera. Les vingt-cinq prochaines années du Centre d'études Emory devraient être plus calmes que les vingt-cinq premières.

Les droits des homosexuels : un sérieux problème pour la liberté religieuse. Même si la situation concernant le conflit religieux devrait globalement s'améliorer, celui-ci risque cependant de s'intensifier dans certains domaines spécifiques. Par exemple, le mouvement en faveur des droits des homosexuels va continuer à se développer. L'élan est créé et les gens suivent : l'hostilité à l'égard des



États-Unis : Cercles d'extrêmistes religieux protestant contre les homosexuels, les juifs et le gouvernement américain.

Photo : Arizona Lincoln /Creative Commons

relations entre personnes du même sexe diminue et les jeunes sont plus tolérants à ce sujet que les personnes âgées[14].

Les différences entre les jeunes adultes et les adultes plus âgés sont parfois liées à l'âge ou au cycle de vie, mais parfois aussi à l'« effet cohorte » [effet des conditions de vies ou des influences socio-historiques particulières à une génération donnée, NDLT] de la classe d'âge à laquelle les uns et les autres appartiennent. Si une différence est due à l'âge ou au cycle de vie, cela signifie qu'à ce niveau l'actuelle génération des personnes âgées ressemblait autrefois à la jeune génération d'aujourd'hui ; celle-ci finira plus tard par ressembler, dans ce domaine, à la génération des personnes âgées d'aujourd'hui. S'il s'agit d'un « effet cohorte », alors la jeune génération est fondamentalement différente de la précédente, et cette différence va persister quand les jeunes prendront de l'âge. Pour faire la distinction, il faut procéder à une analyse statistique complexe des données portant sur une certaine période, ou plus simplement attendre pour constater les faits.

Il se peut que les jeunes d'aujourd'hui deviennent, en prenant de l'âge, moins tolérants à l'égard de l'homosexualité, mais je ne crois pas qu'il en sera ainsi. Je pense qu'il s'agit là d'une véritable différence liée à l'« effet cohorte ». L'ancienne

14 Voir Karlyn Bowman, *Attitudes about Homosexuality and Gay Marriage*, 2008, consultable sur le site http://www.aei.org/publications/filter.all,pubID.14882/pub_detail.asp (visité le 2 août 2008), qui rassemble les résultats des sondages au fil du temps.

génération a grandi à une époque où l'hostilité envers les homosexuels était endémique. Les gens ont été imprégnés de cette mentalité, et bien souvent ils ont durci leur position avant même d'être confrontés aux mouvements en faveur des droits des homosexuels et d'entendre parler de l'argument selon lequel on ne peut généralement pas changer d'orientation sexuelle. À l'époque, les gays et les lesbiennes étaient plus nombreux à cacher leur orientation sexuelle ; aussi, beaucoup plus d'Américains ignoraient-ils qu'ils avaient des amis ou des proches homosexuels. Il semble peu probable que les personnes âgées d'aujourd'hui aient jamais eu, sur cette question, le même point de vue que la jeune génération actuelle. De nos jours, en effet, les jeunes ont une approche très différente et très pertinente, à plus d'un titre, des relations sociales. L'avenir devrait conduire à une plus grande tolérance à l'égard des homosexuels et des lesbiennes et même du mariage entre personnes du même sexe, et obliger progressivement un groupe toujours plus restreint de dissidents religieux à s'adapter à cette nouvelle mentalité.

La question des dispenses. Aucune raison valable ne peut justifier le conflit entre la liberté religieuse et les droits des homosexuels[15]. La seule position cohérente pour un défenseur des libertés civiles est d'apporter son soutien à ces deux mouvements à la fois. En effet, l'un et l'autre sont basés sur l'idée que certains aspects de l'identité de la personne humaine et de son engagement sont si intimes et si fondamentaux que l'État ne devrait pas s'y immiscer. Tout au long de ma carrière, j'ai défendu à la fois les droits des homosexuels et la liberté religieuse : ce qu'il nous faut, ce sont des lois fortes garantissant les droits des homosexuels, et en même temps de solides exceptions religieuses.

Mais presque aucun des acteurs politiques concernés n'est de cet avis. Les responsables du mouvement en faveur des droits des homosexuels et les dirigeants du mouvement évangélique entendent gagner sur tous les plans. Ils ne veulent pas avoir à débattre en justice sur les exceptions ni courir le risque de perdre le moindre procès. C'est le mouvement pour les droits des homosexuels qui a rallié à sa cause le mouvement plus vaste des droits civiques pour rejeter la proposition de loi sur la protection de la liberté religieuse (*Religious Liberty Protection Act*). À cette occasion, les groupes religieux se sont montrés bien davantage prêts à faire des compromis que les organisations homosexuelles, mais ils ne sont toujours pas parvenus à faire passer un projet de loi garantissant la liberté religieuse. Cet exemple et ceux que l'on connaît au niveau des assemblées législatives locales m'incitent à prédire avec

15 L'argumentation présentée dans ce paragraphe est développée par l'auteur dans la postface de l'ouvrage collectif de Douglas Laycock, Anthony R. Picarello, Jr., et Robin Fretwell Wilson (éds), *Same-Sex Marriage and Religious Liberty: Emerging Conflicts*, The Becket Fund and Rowman & Littlefield Pub., Washington D.C., 2008, p. 189-201.



Rassemblement pour soutenir le mariage traditionnel (« California Proposition 8 ») et contre les mariages homosexuels, qui a eu lieu à Fresno, en Californie, en octobre 2008.

Photo : Creative Commons

une très grande confiance que, d'ici à 2032, les lois garantissant les droits des homosexuels seront assorties d'exceptions religieuses d'une portée ridiculement limitée – peut-être même, au final, n'en comporteront-elles pas du tout – ; certains croyants conservateurs s'opposeront à la promulgation de ces textes, ils refuseront de s'y plier et chercheront à y déroger. Le mouvement en faveur des droits des homosexuels prenant de l'ampleur, on verra surgir des questions de liberté religieuse de plus en plus sérieuses.

Le mariage. Le problème avec le mariage, c'est qu'il s'agit de la seule institution majeure de notre société pour laquelle nous ne prétendons pas à la séparation de l'Église et de l'État – pas même à la séparation institutionnelle, qui est généralement incontestable dans tous les autres contextes[16]. En ce qui concerne le mariage, il n'y a pas même pas un semblant de séparation institutionnelle.

Le mariage est à la fois une institution religieuse et une institution légale, mais nous ne faisons pas la distinction. Le mariage est géré conjointement par l'État et les organisations religieuses. L'État a délégué au clergé l'autorité de célébrer des mariages légaux et la plupart des Églises protestantes ont, de fait, délégué à l'État le pouvoir de dissoudre les mariages religieux. Les catholiques et les juifs orthodoxes, eux, persistent dans leur refus de valider religieusement le divorce civil, démontrant ainsi qu'il est possible de dissocier le statut matrimonial religieux du statut matrimonial légal, quand on le veut. Mais la plupart des Américains ne séparent pas le mariage religieux du mariage civil. Dans notre pensée, ces deux institutions sont liées.

16 Pour en savoir plus sur cet argument, *op. cit.*, p. 201-207.

Cela signifie que le nombre de mariages entre personnes du même sexe aura plus de mal à augmenter qu'il ne le devrait. Pourtant, si nous faisons une distinction nette entre l'aspect religieux et l'aspect juridique du lien conjugal, il est tout à fait évident que l'État peut autoriser les mariages civils entre personnes du même sexe, mais sans pouvoir s'exprimer sur les mariages religieux. Le clergé n'est pas tenu de célébrer des mariages entre personnes du même sexe ni les organisations religieuses de reconnaître la dimension religieuse de tels mariages. De même, les États ne sont pas obligés de reconnaître le mariage religieux entre deux personnes du même sexe, mais ils ne peuvent pas non plus interdire ou sanctionner les mariages religieux n'ayant pas de valeur légale.

Tout cela devrait être clair mais rien ne l'est vraiment, semble-t-il. Il y a déjà eu des conflits des deux côtés concernant toute une série de questions liées au mariage ; ils impliquaient, cette fois, des particuliers qui, par exemple, pour ne pas cautionner l'union de deux homosexuels, ont refusé de leur louer un logement, de prendre des photos du mariage, de pratiquer une insémination artificielle chez l'un des deux conjoints ou encore d'accorder au couple certains avantages sociaux, et ainsi de suite[17]. La nature du mariage et le lien entre le mariage religieux et le mariage civil seront des sujets importants qui retiendront l'attention ces vingt-cinq prochaines années au Centre d'études Emory, car de plus en plus de gens se prononceront en faveur du mariage entre personnes du même sexe. La seule solution sera, d'abord, de bien distinguer les deux statuts, puis de reconnaître à la fois à l'Église et à l'État le droit d'établir leurs propres règles. Mais cette solution va tellement à l'encontre de nos traditions qu'il sera peut-être impossible de l'appliquer[18].

La population musulmane va augmenter. La population musulmane continuera à croître aux États-Unis, à moins que des mesures efficaces ne soient prises à long terme pour stopper l'immigration. Cela semble absolument impossible pour ce qui est des Latino-Américains mais paraît possible – bien qu'improbable – en ce qui concerne les musulmans. Ces derniers, craignant les persécutions incessantes consécutives à la guerre menée contre le terrorisme, n'ont pas fait preuve d'un activisme particulier pour défendre le libre exercice de leur religion. Toutefois, certaines actions en justice ont été menées[19], et d'autres sont faciles à prévoir : litiges à propos

17 Voir la contribution de Marc D. Stern intitulée « Same-Sex Marriage and the Churches », *idem*, note 15, chap. 1.

18 Voir la contribution de Charles J. Reid, Jr., intitulée « Marriage: Its Relationship to Religion, Law, and the State », *idem*, note 15, p. 157.

19 Voir, par exemple, *Freeman c. Dept. of Highway Safety and Motor Vehicles*, 924 So.2d 48, Florida District Court of Appeal, 2006 (rejet de la requête d'une femme réclamant le droit de porter le voile sur la photo de son permis de conduire) et *Ahmad c. Dept. of Correction*, 845 N.E.2d 289, Massachusetts, 2006 (rejet de la requête d'un prisonnier musulman qui souhaitait avoir un tapis de prière et pouvoir bénéficier d'un régime alimentaire halal).

du voile et du couvre-chef sur le lieu de travail, dans les aéroports, sur les photos du permis de conduire et de la carte d'identité, peut-être dans les écoles publiques ; litiges concernant la réglementation des écoles islamiques, et, si le système des « chèques éducation » [permettant aux parents de financer directement l'école dans laquelle leur enfant est scolarisé, NDLT] se développe (ce qui paraît peu probable à l'heure actuelle), litiges sur une réglementation plus sévère des écoles islamiques utilisant l'argent de l'État. Il y aura peut-être aussi des litiges au sujet des sacrifices d'animaux lors de la fête de l'Aïd ; quinze ans après la décision de la Cour suprême de ne pas soumettre les sacrifices d'animaux aux réglementations discriminatoires, un litige concernant les sacrifices pratiqués dans la religion Santeria est en attente dans la cinquième circonscription[20].

La difficile mise en place des chèques éducation et les luttes menées dans les États. La Cour suprême a confié la question des chèques éducation aux États, mais aucun programme global n'y a été mis en place, quelle que soit la juridiction. Tous ceux qui existent concernent des écoles en difficulté ou des villes réputées pour le nombre important d'écoles en difficulté. Il y a aussi des écoles privées à financement public (*charter schools*) ; c'est un système qui diffère de celui des chèques éducation par bien des côtés mais surtout, peut-être, par le fait qu'il ne crée aucun droit. Les chèques éducation rencontrent une certaine résistance au niveau politique, et aucun projet dans ce sens n'a encore été approuvé lors des référendums. En novembre 2007, par exemple, un plan de chèques éducation à couverture universelle et proposant des paiements peu élevés a été rejeté par 62 % des électeurs de l'Utah contre 38 %. L'un des responsables de la *National School Boards Association* a souligné que c'était le onzième échec après onze tentatives[21]. Là où les instances officielles mettent en place

20 Comparer le cas *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. c. City of Hialeah*, arrêts de la Cour suprême des États-Unis, vol. 508, p. 520, 1993, au cas *Merced c. City of Euless*, n° 08-10358 et n° 08-10506, devant la Cour d'appel des États-Unis, 5e circuit.

21 Concernant la proposition de l'Utah, voir *Utah Voter Information Pamphlet, 2007* (brochure d'informations à destination des électeurs) *Special Election November 6, 2007*, section 1, p. 4, consultable sur le site http://elections.utah.gov/Voter%20Information%20Pamphlet_2007.pdf (consulté le 2 août 2008). Pour les résultats de l'élection, voir 2007 *Special Election November 6, 2007*, disponible sur le site http://elections.utah.gov/2007.Election.Results.pdf (consulté le 2 août 2008). Concernant les onze échecs des référendums, voir l'article d'Erik W. Robelen, « Utah's Vote Raises Bar on Choice: Voucher Program's Defeat May Lead to Strategy Shifts », in *Education Week*, 14 novembre 2007, p. 1.



Le président George W. Bush signe, en 2001, la loi No Child Left Behind (NCLB) à l'école secondaire d'Hamilton dans l'Ohio. NCLB est une loi portant sur l'éducation qui vise à améliorer la performance académique des élèves des écoles publiques.

Photo : Wikimedia Commons

les chèques éducation ou des programmes similaires, les litiges se règlent en fonction de la Constitution de l'État concerné[22].

Je pense que la situation n'évoluera pas. Comme je l'ai déjà souligné, il existe une large coalition en faveur du système des chèques éducation – beaucoup de catholiques, d'évangéliques, de partisans de l'économie de marché et de parents noirs. Mais il y en a également une autre, tout aussi importante, qui s'y oppose : le

22 Comparer les arrêts *Kotterman c. Killian*, 972 P.2d 606, p. 616-25, Cour suprême de l'Arizona, 1999 (maintenant les crédits d'impôts pour les dons faits aux écoles privées pour le fonds des bourses d'étude), *Simmons-Harris c. Goff*, 711 N.E.2d, p. 203, 211-12, Cour suprême de l'Ohio, 1999, (concluant que le programme des chèques éducation de Cleveland pouvait inclure les écoles religieuses) et *Jackson c. Benson*, 578 N.W.2d, p. 602, 620-23, Cour suprême du Wisconsin, 1998 (soutenant le programme de chèques éducation de Milwaukee) avec *Bush c. Holmes*, 919 So.2d, p. 392, 399-412, Cour suprême de Floride, 2006 (invalidant le programme de chèques éducation de la Floride) et *Witters c. State of Washington Commission for the Blind*, 771 P.2d, p. 1119, 1121-22, Cour suprême de l'État de Washington, 1989 (confirmant le refus de l'État d'accorder une bourse d'étude pour handicapés visuels à tout étudiant aveugle fréquentant un séminaire).

groupe de pression des écoles publiques, les syndicats d'enseignants, tous ceux qui contestent les impôts et les dépenses gouvernementales, les parents des quartiers tranquilles satisfaits de leurs écoles et craignant que de tels programmes ne perturbent cet état de choses en favorisant le libre choix des établissements scolaires et, par là-même, l'arrivée chez eux d'enfants « difficiles ». Les républicains, quant à eux, apportent un appui mitigé à ce projet – ils sont en faveur des chèques éducation mais opposés aux moyens de paiement. Si, comme je le pense, le quatrième grand réveil perd de l'élan, la branche évangélique de la coalition en faveur du système des chèques éducation faiblira et le nombre d'écoles évangéliques va probablement diminuer, ce qui accélérera la baisse du soutien au système des chèques éducation. Pour tenter de le développer à nouveau, ses partisans essaieront alors de mettre en place des programmes pilotes, mais cette stratégie existe déjà depuis le début des années 1900 avec le programme de Milwaukee et elle n'a pas vraiment produit les résultats escomptés.

Les chèques éducation risquent aussi de soulever de nombreux problèmes difficiles à résoudre s'ils étaient adoptés largement. Jusqu'à quel point, en effet, l'État peut-il s'immiscer dans ce système et le réglementer si c'est lui qui « paye la note » ? Certaines écoles pourraient-elles être totalement exclues du système si leur programme scolaire était incomplet (par exemple, celles qui dispensent principalement ou uniquement des cours de religion et peu de matières traditionnelles), si elles faisaient preuve d'intolérance ou d'anti-américanisme, ou si elles enseignaient des idéologies contraires à la Constitution ? Si ces questions étaient abordées sérieusement, les tribunaux et les législateurs seraient contraints de réfléchir à un point qu'ils ont bien pris soin jusqu'ici d'ignorer : quel est ce « certain nombre de choses » qu'un « intérêt primordial » pousse l'État à vouloir avec insistance faire apprendre à chaque enfant[23] ?

Ces questions se poseront de façon occasionnelle en ce qui concerne les programmes modestes mis en place localement, mais elles ne se poseront pas de la manière nécessairement plus approfondie et ciblée qu'impliquera la situation si un État très peuplé adopte un jour un programme d'application générale des chèques éducation. Nous continuerons donc probablement à les éluder.

La Cour

Qui statuera sur ces affaires ? Commençons par la partie facile. En 2032, John Roberts, le président de la Cour suprême, aura soixante-dix-sept ans, le juge Samuel

23 Voir l'exemple de *Mozert c. Hawkins County Board of Education*, 827 F.2d p.1058, 1071-73, 6e Cir., 1987 (Juge J. Kennedy, opinion concordante), concluant qu'il est dans l'intérêt primordial de l'État d'insister pour que chaque élève étudie l'intégralité du programme scolaire.

Alito en aura quatre-vingt-deux, et le juge Clarence Thomas, quatre-vingt-quatre. Au cours des vingt-cinq dernières années, l'âge moyen auquel les juges ont pris leur retraite ou sont décédés était de quatre-vingt-deux ans. Il est donc fortement probable qu'un ou deux d'entre eux, voire les trois, seront encore en exercice à la Cour suprême, et que, sauf en cas d'accident ou de problème de santé, tous trois siégeront encore à la Cour pendant une partie ou la totalité des prochaines vingt-cinq années du Centre d'études Emory.

Qui travaillera avec eux, et quelles orientations prendront-ils ? Cela dépend de ce que sera la situation politique – et la politique est encore plus difficile à prévoir que la religion.

Les élections présidentielles. Quand j'ai tenu ces propos, à l'automne 2007, il était largement admis que les difficultés rencontrées par le pays sous l'administration Bush entraîneraient l'élection d'un président démocrate et permettraient aux démocrates de gagner des voix à la Chambre des représentants et au Sénat en 2008. Au moment où je termine de rédiger ces mots, nous sommes en été 2008. L'élection présidentielle approche rapidement – l'issue en sera connue avant la publication de cet article. La situation en Irak semble beaucoup moins catastrophique qu'il y a un an, alors qu'en Afghanistan elle commence à ressembler à un désastre potentiel que peu de personnes ont vu venir. Je ne suis pas assez stupide pour prédire ce que sera l'évolution politique ; aussi me contenterai-je d'évoquer certaines possibilités. Qu'en sera-t-il en 2012 et par la suite ?

Une possibilité est que le mouvement conservateur sera peut-être tellement discrédité par le gâchis que représentent les dysfonctionnements en Irak, en Afghanistan et à la Nouvelle-Orléans, et les problèmes de logement dus aux excès du marché sous-régulé des emprunts immobiliers qu'il faut s'attendre que le courant démocrate domine pendant une longue période. Toutefois, les électeurs républicains soutiennent leur parti pour diverses raisons, et celles-ci seront toujours valables. Les républicains semblaient avoir perdu tout crédit après le scandale du Watergate ; et pourtant, six ans seulement après les faits, ils gagnaient à nouveau la présidence et le Sénat. Il arrive que, dans certaines situations exceptionnelles, un parti politique soit puni pendant des décennies – voire jusqu'à un siècle s'il porte la responsabilité de l'invasion d'un pays, de la destruction ou de la redistribution de son capital physique, de l'effondrement de son système social et de la mutilation ou de la mort de ses jeunes. C'est ce qui est arrivé aux républicains du Sud après la Guerre civile. Mais en dehors de cela, la mémoire politique est courte. Pour les gens, la politique se résume en partie à ce qu'on a fait pour eux récemment et surtout à ce qu'on va faire pour eux prochainement. Et il est rare qu'ils infligent des punitions à long terme pour de graves erreurs.

On peut aussi envisager un autre scénario. Il est tout à fait possible, par exemple, que les démocrates gagnent en 2008 et qu'ils s'avèrent incompétents, eux aussi ; ou

bien, qu'un (ou plusieurs) des problèmes dont ils hériteront – l'Irak, l'Afghanistan, le logement, la politique énergétique ou une autre question de politique intérieure – soit si inextricable que la situation devienne désastreuse, malgré les compétences de la nouvelle administration. Que n'importe quelle catastrophe de ce genre se produise au cours de leur mandat, et, en 2012, les républicains leur en feront le reproche. Les démocrates auront peut-être perdu le conflit en Irak, ou bien ils auront vu le marché de l'immobilier s'effondrer totalement, etc. : les républicains affirmeront qu'ils auraient évité cela, qu'ils auraient maintenu le cap, qu'ils étaient sur le point de gagner juste avant d'être interrompus par l'arrivée des démocrates au pouvoir, et ainsi de suite. Aussi étrange que cela puisse paraître, après toutes les graves erreurs commises par l'administration de George Bush, il est tout à fait possible que les démocrates soient ceux qui auront le plus peur d'être punis pendant longtemps pour le désastre en Irak.

À plus long terme, les républicains prétendent qu'ils auront la suprématie, parce que les conservateurs ont de plus grandes familles que les libéraux, que les États ruraux sont surreprésentés dans le collège électoral et que la population continue de se déplacer vers le sud et vers l'ouest. Les démocrates, eux aussi, disent qu'ils vont l'emporter, parce que les activités liées au savoir représentent la partie de l'économie qui se développe le plus rapidement et que les minorités raciales sont les populations qui ont la croissance la plus rapide. Ainsi, aucun des deux partis ne sait qui prédominera.

Je n'ai pas besoin de m'aventurer à prédire quel scénario est le plus probable, car une seule option permettrait de modifier la composition de la Cour. Avec Roberts, Thomas et Alito en place, les libéraux ont besoin de cinq des six sièges restants pour avoir la majorité. Ainsi, tant que la division idéologique actuelle durera, les démocrates auront besoin de temps pour changer l'orientation de la Cour – à moins que les dates des décès et des démissions ne jouent en leur faveur. Le résultat politique le plus plausible serait que les conservateurs continuent de contrôler la Cour suprême pendant les vingt-cinq prochaines années.

Les perspectives pour le parti. Bien sûr, le courant idéologique actuel pourrait changer. Supposons que nous sachions qui va contrôler la Maison-Blanche et le Sénat. Saurions-nous pour autant quels juges seront nommés ?

Nous en aurions certainement une idée plus précise, mais encore loin d'être certaine. Dans de nombreux domaines, et dans celui de la liberté religieuse en particulier, les deux partis politiques ont des visions contradictoires sur la Constitution[24].

24 Voir H.W. Perry, Jr. & L.A. Powe, Jr., "The Political Battle for the Constitution", in *Constitutional Commentary*, vol. 21, n° 3, University of Minnesota Law School, 2004, p. 678-688.

C'est un état de fait unique dans notre histoire politique et il dure depuis près de quarante ans, ce qui en soi est également inhabituel. La fracture actuelle entre les deux partis sur les questions constitutionnelles peut durer encore vingt-cinq ans, mais elle peut également prendre fin, bien sûr. Les partis modifient leur point de vue, ils se réorientent, parfois ils échangent leurs positions ; les coalitions se brisent, les groupes qui les composent changent de camp.

On considère souvent le parti républicain comme une coalition de conservateurs dans le domaine économique et social et de gens très attachés aux questions de sécurité nationale. Il est déjà bien diversifié mais, en fait, il est encore plus hétérogène que cela. Dans le domaine économique, on y trouve de grandes entreprises, d'autres plus petites, des personnes aisées, de farouches partisans de la liberté et de fervents opposants aux impôts. Dans le domaine social, les conservateurs réclament essentiellement une réglementation en ce qui concerne l'avortement et d'autres décisions morales personnelles – réglementation qui doit être totalement inadmissible pour bon nombre de partisans du conservatisme économique, y compris et surtout les défenseurs des libertés et les femmes aisées. De leur côté, les partisans du conservatisme social et les « faucons » de la sécurité nationale ont des programmes coûteux incompatibles avec l'opposition aux impôts qui est au cœur du conservatisme économique. Mais, d'après certains commentateurs, le ciment de ce réseau disparate est la « morale du père sévère »[25]. Cette théorie explique beaucoup de choses, mais il me semble qu'elle fonctionne bien mieux pour les conservateurs sociaux que pour les autres groupes formant la coalition républicaine. De plus, au sein de chaque branche de cette coalition, il y a conflit entre les positions des adhérents plus modérés et celles, plus extrémistes, d'une grande partie de la base. Cette coalition improbable a du reste montré des signes de tension évidents lors des élections primaires pour la présidentielle de 2008. Chacun des groupes qui lui sont affiliés a des griefs envers les autres. La coalition républicaine actuelle n'est pas aussi disparate que l'ancienne coalition des Noirs et des ségrégationnistes du Sud au sein du parti démocrate, mais elle n'en est pas loin.

La coalition démocrate est si morcelée qu'elle est difficile à décrire. Il y règne un certain nombre de tensions : entre les Blancs nantis et sécularisés, d'une part, et les Noirs profondément religieux, d'autre part ; entre ses divers groupes politiques identitaires, les Blancs de la classe ouvrière et tous les autres électeurs modérés qui ont du mal à accepter la politique identitaire ; entre les idées de sa base populiste et le fait que cette coalition est dépendante des contributions financières du monde des affaires ; entre l'opinion de sa base anti-guerre et son besoin de prouver qu'elle est capable de protéger le pays ; et enfin, comme pour les républicains, entre ses

25 Voir George Lakoff, *Moral Politics*, 2e édition, University of Chicago Press, Chicago, 2002, p. 65-107.

adhérents modérés en général et une grande partie de sa base plus extrémiste. Or si certains électeurs votent « démocrate », c'est moins parce qu'ils apprécient ce parti que parce qu'ils craignent et désapprouvent les républicains tels qu'ils se présentent actuellement. Qu'une partie de la coalition démocrate fasse sécession, et certains votes démocrates iront à qui voudra les prendre.

En ce qui concerne les questions de liberté religieuse, depuis une génération les républicains ont une opinion très critique à l'égard de l'*Establishment Clause*, mais ils sont divisés sur la Clause de libre exercice d'une religion. Les conservateurs religieux ont condamné la décision rendue dans l'affaire *Employment Division c. Smith*[26] et soutenu la *Religious Freedom Restoration Act* et la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*. Les conservateurs sécularisés ont généralement adopté la position inverse. Pendant la plus grande partie de son mandat, l'administration Reagan s'est discrètement acharnée contre la Clause de libre exercice en proposant diverses théories pour lui enlever toute consistance[27], et c'est comme cela qu'il s'en est sorti avec sa base. Le département de la Justice de l'administration Reagan est le parrain intellectuel de *Smith*, même s'il n'a pas trouvé la formulation précise adoptée dans *Smith*. Ce sont les conservateurs qui ont fourni la majorité des votes en faveur de *Smith* et de l'abolition de la *Religious Freedom Restoration Act*[28].

26 494 US 872, 1990 (jugeant que la Clause de libre exercice n'offre aucune protection contre les lois « neutres » et « généralement applicables » interdisant l'exercice de la religion).

27 Voir Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioners 12-26, *O'Lone c. Estate of Shabazz*, 482 US 342, n° 85-1722, 1987 (faisant valoir que toute restriction imposée aux droits constitutionnels des prisonniers, y compris le droit de libre exercice de leur religion, devrait être maintenue s'il existe un lien raisonnable avec l'intérêt pénologique légitime) ; Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Appellees 6-19, *Hobbie c. Unemployment Appeals Commission*, 480 US 136, n° 85-993, 1987 (établissant une distinction entre l'interdiction absolue de la pratique religieuse et les contraintes exercées sur cette pratique, et mettant en évidence que la Clause de libre exercice ne s'applique que dans le premier cas) ; Brief for the Appellants 27-41, *Bowen c. Roy*, 476 US 693, n° 84-780, 1986 (soutenant que les intérêts du gouvernement devraient être mesurés en fonction de son intérêt à préserver l'intégralité du programme et non de son intérêt à refuser quelques exceptions) ; Brief for the Respondents 47-50, *Goldman c. Weinberger*, 475 US 503, n° 84-1097, 1986 (soutenant qu'aucune exception quelconque ne peut être autorisée dans l'armée) ; Brief for the United States as Amicus Curiae 4-15, *Jensen c. Quaring*, 472 US 478, n° 83-1944, 1985 (confirmant le jugement rendu dans *Bowen c. Roy*) ; comparer Brief for the United States, *United States c. Lee*, 455 US 252, n° 80-76, 1982 (s'opposant à l'exemption des impôts sociaux demandée par Wade McCree – l'adjoint du ministre de la justice de l'administration Carter qui n'avait pas encore été remplacé – selon l'argument que cela ne risquait pas de remettre en question d'autres exemptions).

28 *City of Boerne c. Flores*, 521 US 507, 1997.

Les démocrates, eux, ont adopté une perspective large de l'*Establishment Clause* et ils ont soutenu la Clause de libre exercice de la religion par principe. Mais une grande partie de la base considère ce libre exercice comme un droit qui ne profite qu'aux croyants conservateurs, et les législateurs démocrates n'hésitent pas à faire des exceptions au libre exercice dans le domaine des droits civils et pour d'autres causes qui ont leur préférence. En 1998, la coalition qui avait fait passer la *Religious Freedom Restoration Act* était dissoute et la Chambre s'est polarisée sur la ligne du parti dans ses efforts infructueux pour faire passer une autre loi.

Ainsi, tout peut arriver. Les présidents républicains continueront probablement à nommer des juges enclins à limiter la portée de l'*Establishment Clause*, et les présidents démocrates, des juges enclins à l'augmenter. Les différents points de vue concernant la Clause de libre exercice seront sans doute moins médiatisés, ils n'auront aucune incidence sur le processus de nomination, et ils constitueront une surprise après leur confirmation. Si, comme je l'ai prédit, le quatrième grand réveil prend fin et que la ferveur religieuse diminue, *l'Establishment Clause* n'aura plus autant d'importance dans le processus de nomination des juges à la Cour suprême. Toutefois, rien de tout cela n'est certain, et nous ne savons pas quel parti nommera le plus grand nombre de juges.

Conclusion

Les prédictions de ce genre sont une perte de temps. Il n'est pas étonnant que les autres orateurs aient ignoré les instructions et refusé d'aborder ces questions. Si j'ai raison, j'aurai seulement gagné le droit que tout vieil homme possède de se vanter. J'ai un point commun avec le juge Thomas : en 2032, moi aussi j'aurai quatre-vingt-quatre ans. Toutefois, contrairement à lui, j'aurai pris ma retraite. Alors, auprès de qui pourrai-je me glorifier d'avoir eu raison ? Mes petits-enfants ne seront pas particulièrement impressionnés si je leur dis quel grand prophète j'étais au temps jadis.

Si je me trompe, je risque d'être cité comme un exemple de stupidité ; si je fais totalement erreur (et si l'on se souvient encore de ce que j'ai dit), je n'échapperai pas au ridicule. Tout le monde, aux États-Unis, a entendu parler de ce commissaire de l'Institut national américain de la propriété industrielle qui, au XIX[e] siècle, aurait déclaré qu'à son avis l'établissement devait être fermé parce que tout ce qui pouvait être inventé l'avait été. Nous avons tous entendu parler de cette histoire – mais il s'est avéré qu'elle est totalement fausse[29]. Quoi qu'il en soit, j'espère et je crois que j'ai fait mieux que ce commissaire apocryphe. Si ce n'est pas le cas, rappelez-vous bien que je n'ai pas demandé à m'exprimer sur le sujet.

29 Samuel Sass, A Patently False Patent Myth Still!, in *Skeptical Inquirer* (mai/juin 2003), disponible sur http://findarticles.com/p/articles/mi_2843/is_3_27/ai_100755224?tag=untagged (consulté le 2 août 2008).

LIBERTÉ RELIGIEUSE, AUTONOMIE DES ÉGLISES ET STRUCTURE DE LA LIBERTÉ

Richard W. Garnett*

Nous avons l'habitude de considérer la religion – les croyances et les pratiques, les rites et les services d'adoration, les différentes formes d'expression et d'engagement religieux – comme l'un des objets des lois relatives aux droits de l'homme. Autrement dit, nous pensons que ces lois protègent la religion ou, du moins, y tendent. Les principaux instruments des droits de l'homme confirment cette approche logique, sinon complète. Par exemple, selon la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, toute « personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion », et les organes de la société devraient s'efforcer « de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer [...] la reconnaissance et l'application universelles et effectives ». De même, la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 déclare que les signataires « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction [ces] droits et libertés ». La Constitution américaine, elle, aborde le sujet de façon assez caractéristique, c'est-à-dire en termes de contraintes pesant sur le gouvernement plutôt que de recommandations ou d'aspirations, mais elle place également la liberté religieuse – ou « libre exercice » de la religion – au premier rang des droits protégés par le Premier amendement.

Des dispositions comme celles-ci sont le signe d'un engagement à protéger la liberté religieuse qui semble largement partagé aujourd'hui, même s'il est inégalement respecté et imparfaitement compris. Cependant, c'est une chose de prendre un tel engagement et de l'inscrire dans la loi, et c'en est une autre de le mettre en pratique et de le tenir. Si nous voulons « joindre le geste à la parole », alors nous devons faire face à deux difficultés, distinctes mais liées malgré tout. Premièrement, il nous faut définir la « liberté de religion » que nous sommes déterminés à garantir. Or c'est plus facile à dire qu'à faire. Nous déclarons fièrement et avec assurance

* Professeur de droit et vice-doyen de la Faculté de droit de l'université de Notre Dame, agrégé supérieur du Centre d'études Emory sur le droit et la religion de l'université Emory. Une première version de cet article a été publiée dans l'ouvrage de John Witte, Jr. et Frank S. Alexander, éds., *Christianity and Human Rights: An Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010. Il est repris ici avec la permission de l'auteur et de l'éditeur.

que « tout le monde a droit à la liberté de religion », mais de quoi parlons-nous exactement ? Qu'est-ce que la « religion » ? Et que signifie pour elle « être libre » ? Libre de quoi ? Pour faire quoi ? Que veut dire « avoir droit à la liberté » – de religion ou d'autre chose ? Qu'est-ce qui différencie la « liberté de religion » de la liberté pure et simple ? La distinction entre les deux se justifie-t-elle, à supposer qu'elle puisse être définie par la loi ? Et bien d'autres questions encore...

Supposons, pour l'instant, que nous réussissions à trouver des réponses valables et convaincantes à ces questions, des réponses qui correspondent à la nature, aux expériences, aux besoins et aux aspirations des êtres humains. Tout en gardant à l'esprit la « fin », nous pouvons alors passer à la question des « moyens ». En d'autres termes, nous devons décider quels mécanismes légaux ou autres nous souhaitons mettre en place pour tenir notre engagement et le justifier. Après tout, ce que nous espérons, c'est ériger plus que de « simples barrières de parchemin » – selon l'expression de James Madison – contre les violations de la liberté religieuse. Pour cela, il y a peut-être des mécanismes mieux – ou moins mal – conçus que d'autres et qui pourraient donc fonctionner mieux – ou moins mal ; des acteurs et des autorités politiques peut-être plus – ou moins – fiables et efficaces que d'autres dans leur rôle de protection. Nos attentes pleines d'optimisme à l'égard de certains processus pourraient être irréalistes, et notre scepticisme (voire notre cynisme) par rapport à d'autres processus, infondé. Le fait est que tout projet visant à protéger les droits de l'homme – y compris le droit à la liberté religieuse – exige une réflexion sur les besoins et les aspirations des hommes, mais implique aussi que l'on se débatte avec des questions d'organisation et de compétence institutionnelles.

Maintenant, en ce qui concerne la première difficulté évoquée plus haut, il est facile de proposer quelques définitions de base – mais quelques-unes seulement – ne prêtant pas à controverse et à partir desquelles nous pourrions approfondir notre compréhension de ce qu'est la « liberté de religion ». Parmi celles-ci, par exemple, il y aurait évidemment la définition proposée par la Cour suprême des États-Unis dans le dossier *Employment Division c. Smith* (1990), à savoir « le droit de croire et de professer la doctrine religieuse de son choix ». Fort bien. Mais encore ?

Pour ce qui est de la deuxième difficulté, nous pourrions sûrement rappeler qu'il y a certaines contraintes imposées au gouvernement, confirmées sur le plan juridique et constitutionnel – des contraintes comme celles prévues par la Déclaration des droits des citoyens (le *Bill of Rights*) – comme étant le moyen essentiel de concrétiser nos aspirations. Il est vrai que – pour citer les paroles pleines de sagesse du juge Learned Hand – la « liberté est inscrite dans le cœur des hommes et des femmes ; mais quand elle y meurt, aucune constitution, loi ou tribunal ne peut la sauver[1] ».

1 Learned Hand, *The Spirit of Liberty: Papers and Addresses of Learned Hand*, Knopf, New York, 1952, p. 189, 190.

Cependant, on ne peut nier que les constitutions, les lois et les tribunaux jouent un rôle capital pour notre projet. Jusqu'ici, tout va bien. Mais, encore une fois, que faire d'autre ? Quelles autres mesures pourrions-nous prendre ou quels outils pourrions-nous utiliser pour permettre à la liberté religieuse de s'épanouir, non seulement dans « le cœur des hommes et des femmes », mais aussi dans ce monde de désordre et de violence, où règnent la misère, l'intérêt personnel, les compromis et la discorde ?

Cet article a pour objectif de traiter ces deux aspects, c'est-à-dire de prendre en considération à la fois l'essence de la liberté religieuse et les divers moyens employés pour la protéger et la promouvoir. Premièrement, je suggère que le « droit à la liberté de religion » appartienne non seulement aux individus, mais aussi aux institutions, aux organisations, aux groupes et aux communautés. De même que chaque personne a le droit de rechercher la vérité en matière de religion et d'y adhérer quand elle l'a trouvée, de même les groupes religieux ont le droit d'avoir et d'enseigner leurs propres doctrines ; de même que chaque personne doit être préservée de toute pression administrative en ce qui concerne ses pratiques et ses professions de foi, de même les institutions religieuses ont le droit de s'autogérer et d'exercer l'autorité qui leur incombe sans aucune ingérence de l'État ; de même que chaque personne a le droit de choisir les croyances religieuses qu'elle désire adopter, de même les Églises ont le droit de choisir les ministres qu'elles veulent consacrer. Dans l'affaire *Wisconsin c. Yoder* (1987), le juge William Douglas a souligné que « la religion est une expérience individuelle » ; c'est certainement le cas, mais elle n'est pas que cela. Après tout, comme l'a rappelé le juge William Brennan dans l'affaire *Corporation of the Presiding Bishop c. Amos* (1987), « pour de nombreux individus, l'activité religieuse prend une grande partie de son sens dans l'adhésion à une communauté religieuse plus étendue, caractérisée par une tradition vivante de croyances partagées ; une entité fondamentale que l'on ne peut réduire à un simple rassemblement d'individus ». Ces « entités fondamentales » sont le sujet, et pas uniquement le résultat ou une conséquence indirecte de la liberté religieuse. Ainsi, au cœur de la liberté religieuse se trouve ce qu'on appelle en droit constitutionnel américain « l'autonomie de l'Église » que le théologien jésuite américain John Courtney Murray (et beaucoup d'autres) nommait « la liberté de l'Église[2] ».

Ce droit à l'autonomie des Églises – l'une des dimensions de la liberté religieuse – est, lui aussi, un objet de la législation des droits de l'homme. Mais il est également un moyen – un mécanisme structurel – destiné à protéger de façon plus générale à la fois la liberté religieuse et les droits de l'homme. La relation entre la protection

2 John Courtney Murray, *We Hold These Truths: Catholic Reflections on the American Proposition*, Rowan & Littlefield Publishers, Lanham, MD, 2005, p. 186-190. Texte consultable sur http://woodstock.georgetown.edu/library/murray/whtt_index.htm.



Sir Thomas More (1478-1535), homme d'État anglais et célèbre écrivain humaniste de la Renaissance, grand chancelier à la cour des Tudor sous le roi Henri VIII, saint et martyr de l'Église catholique romaine.

Peinture à l'huile de Hans Holbein, the Younger, 1527.

Photo : Wikimedia Commons

des droits de l'homme et le droit à l'autodétermination des groupes religieux est une relation dynamique dans laquelle ces deux aspects se renforcent mutuellement. Autrement dit, la législation des droits de l'homme préserve l'autonomie des Églises – elle garantit aux groupes religieux la liberté de s'organiser et de s'administrer, de prendre des décisions dans le domaine religieux sans ingérence gouvernementale, d'appliquer leurs propres critères concernant les membres, les responsables, les doctrines, etc. À son tour, l'autonomie des Églises favorise l'exercice des droits de l'homme et les bienfaits qu'ils apportent. D'après Murray, ce mécanisme est « la contribution essentielle du christianisme à la liberté dans l'ordre politique[3] ». Si nous parvenons à comprendre et apprécier cette contribution, nous pourrons mieux comprendre et apprécier à sa juste valeur une notion souvent mal comprise et employée à mauvais escient : la « séparation de l'Église et de l'État ».

La nature des droits des groupes religieux

Les Américains ont une conception très individualiste des droits. Nous pensons que les droits concernent certains individus et les protègent – dans leur vie privée, leurs intérêts et leur autonomie par rapport à toute autorité extérieure. Il ne faut

3 *Idem*, p. 186.

donc pas s'étonner si en Amérique les décisions de justice et les interventions publiques à propos de la liberté religieuse ont tendance à se concentrer sur les droits, les croyances, les consciences et les pratiques des individus. Or, comme l'a démontré, il y a presque vingt ans, la juriste Mary Ann Glendon, dans sa critique irréfutable du discours politique américain et du système juridique qu'il reflète et engendre, cette focalisation est réductrice et elle déforme la réalité[4]. Elle nous amène à négliger et à laisser de côté le contexte social dans lequel évoluent et se forment les gens, ainsi que la nature spécifique, le rôle distinctif et les libertés particulières des groupes, organisations et institutions. Il est à noter que nous ne faisons pas seulement cette erreur en ce qui concerne la liberté religieuse. Le spécialiste en droit constitutionnel Frederick Schauer a montré que notre législation concernant plus généralement la liberté d'expression, de conscience et de croyances a été « constamment réticente à élaborer des principes adaptés aux institutions, et ainsi à prendre en compte les disparités culturelles, politiques et économiques existant entre les institutions de genres différents qui, ensemble, forment une société[5] ».

Certes, la personne humaine – chaque personne prise individuellement – a son importance. Elle « a une valeur sans limite, est absolument unique et infiniment digne d'intérêt[6] ». Selon les termes de l'écrivain irlandais C. S. Lewis, chacune porte en elle un « poids de gloire ». Et il insiste en disant qu'il « n'y a pas de gens ordinaires » :

« Vous n'avez jamais parlé à un simple mortel. Les nations, les cultures, les arts, les civilisations, tout cela est mortel, et leur vie est pour nous comme la vie d'un moucheron. Mais ce sont des êtres immortels avec lesquels nous plaisantons, travaillons, que nous épousons, repoussons et exploitons – des horreurs immortelles ou des splendeurs éternelles[7]. »

Il est donc normal que l'image du dissident religieux isolé, affrontant héroïquement la tyrannie administrative ou les prétentions extravagantes du pouvoir étatique, uniquement armé des impératifs de sa conscience, soit pour nous évocatrice et éternelle. Il suffit de penser à Thomas More – et peut-être aussi à tous les dissidents qu'il a contribué à faire persécuter – tel qu'il apparaît dans le film *Un homme pour l'éternité*. Rien de ce que l'on pourrait dire sur la liberté religieuse ne

4 Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press, New York, 1991.

5 Frederick Schauer, in « Principles, Institutions, and the First Amendment », in *Harvard Law Review*, vol. 112, 1998, p. 84, 110. Consultable sur http://law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/schauer.htm.

6 Thomas L. Shaffer, "Human Nature and Moral Responsibility in Lawyer-Client Relationships", in *American Journal of Jurisprudence*, vol. 40, 1995, p. 1, 2.

7 C.S. Lewis, *The Weight of Glory and Other Addresses*, éd. révisée, 1980, p. 19.

serait complet si l'on passait sous silence ces conflits ou si l'on oubliait de célébrer un tel courage.

Pourtant, Mary Ann Glendon avait raison : il y a quelque chose qui manque lorsque la liberté religieuse se résume à la liberté de conscience de l'individu, à sa liberté de croyance ou même à son droit de choisir de pratiquer un culte ou d'entreprendre des actions motivées par sa religion. Un système juridique consacré aux droits de l'homme qui ne vise qu'à protéger cette notion réduite de la liberté religieuse fragilisera certains aspects importants de cette liberté et les laissera sans protection. Ce système ne pourra pas durer car il donne du monde une image incomplète, peut-être même faussée, en laissant de côté et en oubliant certains de ses aspects importants. Nous devrions être déterminés à ce que nos lois – et peut-être plus encore celles concernant les droits de l'homme – soient le reflet fidèle de ce qui est essentiel et qui compte vraiment dans le monde réel qu'elles régissent et auquel elles s'adressent. En d'autres termes, nous devrions être résolus à ce que nos législations sur les droits de l'homme reconnaissent, et donc respectent et protègent, la liberté qui, légitimement, est celle des groupes religieux, des associations, des institutions et des organisations religieuses.

Quelle est donc cette liberté qui contribue à ce que les individus continuent à bénéficier de leurs droits à la liberté religieuse ? Il semble logique de revenir tout d'abord à la proposition de base selon laquelle, d'après Murray, la Constitution garantit la liberté de religion, non seulement aux individus croyants mais aussi à « l'Église en tant que société organisée ayant ses propres lois et juridictions[8] ». Les droits que la Cour suprême des États-Unis a appelés « droits ecclésiastiques[9] » sont protégés par le Premier amendement ainsi que par d'autres instruments des droits de l'homme, tout autant que les droits des individus. Ils ne sont pas – ou du moins ne devraient pas être – considérés comme de simples dérivés ou des substituts des droits individuels. Leur protection n'est pas seulement un moyen pour garantir les libertés des individus[10].

Il faut également souligner que la protection des « droits ecclésiastiques » prévue par la Constitution américaine n'est pas une exception ni une anomalie. Le fait que la liberté religieuse ait un aspect communautaire, collectif, et qu'elle comprenne un

8 J. C. Murray, *We Hold These Truths*, p. 80. (p. 70 dans la version disponible sur Internet. Voir note 3).

9 *Kedroff c. St. Nicholas Cathedral*, 344 US 94, 119, 1952.

10 Brett Scharffs a noté, cependant, que – du moins dans le contexte de la Cour européenne des droits de l'homme – « les institutions religieuses n'ont pas de droits qui leur sont propres, mais bénéficient seulement de l'ensemble des droits de leurs membres ». Brett G. Scharffs, « The Autonomy of Church and State » in *Brigham Young University Law Review*, 2004, p. 1217-1348, plus précisément p. 1277-78.

droit à l'autonomie et à l'autodétermination pour les groupes religieux est reconnu par les législations nationales de nombreux pays et, au niveau international, dans les procès, les jugements et les instruments relatifs aux droits de l'homme[11]. En fait, il semble que, pour un certain nombre de raisons historiques, culturelles et philosophiques, le principe de l'autonomie des Églises soit plus facilement accepté en Europe qu'en Amérique par le droit et la pratique.

Comme les droits de l'homme le font généralement ressortir, la perception que les juristes ont des droits des groupes religieux et la façon dont ces droits sont protégés ont été largement façonnées par le christianisme et la vision chrétienne de la personne humaine, de l'Église et de l'État. La déclaration historique sur la liberté religieuse que le pape Paul VI a fait voter à l'issue du concile Vatican II est particulièrement intéressante à cet égard ; elle a confirmé de façon admirable le droit qu'a chaque être humain de pratiquer sa religion en accord avec sa conscience. Cette déclaration commençait par une affirmation forte, à savoir que « la liberté religieuse a son fondement réel dans la dignité même de la personne humaine [...] Ce n'est donc pas sur une disposition subjective de la personne, mais sur sa nature même, qu'est fondé le droit à la liberté religieuse[12]. » Cela signifie que le désir des personnes – et leur responsabilité – de rechercher la vérité, de la trouver et d'y adhérer, et, parallèlement, leur immunité morale à l'égard de toute contrainte extérieure en matière de conscience religieuse, sont tous deux attachés à notre « nature même ». (En 1785, James Madison faisait une déclaration similaire dans son célèbre ouvrage *A Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments*.)

Cependant, la déclaration de Vatican II ne s'est pas arrêtée à l'affirmation de la liberté de conscience religieuse, comprise comme une « exemption de toute contrainte ». Elle ne s'est pas non plus contentée d'insister – même si elle insiste beaucoup – sur le fait que les individus ont le droit de s'associer dans un but religieux et d'exprimer leurs croyances religieuses au sein d'une communauté en rendant un culte ou autrement. Elle est allée plus loin encore. Le document précise que les « communautés religieuses, en effet, sont requises par la nature sociale tant de l'homme que de la religion elle-même [...] ces communautés sont en droit de jouir de cette absence de contrainte afin de pouvoir se régir selon leurs propres

11 Voir, par exemple, l'ouvrage de Gerhard Robbers, *Church Autonomy: A Comparative Survey*, Peter Lang, Frankfurt am Main, New York, 2001. Comme John Witte l'a noté, le principe des « droits des groupes religieux » est « reconnu depuis longtemps comme une norme de base des lois internationales [...] » ; « Introduction: The Foundations and Frontiers of Religious Liberty » in *Emory International Law Review*, vol. 21, 2007, p. 1, 9.

12 Pape Paul VI, Doctrine générale sur la liberté religieuse (Dignitatis humanae) § 2, 1965. http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_fr.html.

normes, honorer d'un culte public la Divinité suprême, aider leurs membres dans la pratique de leur vie religieuse et les affermir par un enseignement, promouvoir enfin les institutions au sein desquelles leurs membres coopèrent à orienter leur vie propre selon leurs principes religieux[13] . Elles « ont également le droit de ne pas être empêchées, par les moyens législatifs [...] de choisir leurs propres ministres, de les former, de les nommer et de les déplacer, de communiquer avec les autorités ou communautés religieuses résidant dans d'autres parties du monde, de construire des édifices religieux, ainsi que d'acquérir et de gérer les biens dont elles ont besoin. »

Il ne suffit pas, soulignons-le, de dire que la foi et l'expérience religieuse ont une dimension communautaire. La liberté dont doivent bénéficier les groupes religieux n'est pas garantie comme étant un effet de la pratique religieuse des individus, mais comme étant un droit moral de ces groupes, un droit enraciné – comme le droit à la liberté religieuse de façon générale – dans la dignité de la personne et le plan de Dieu pour le monde.

Ainsi, la législation des droits de l'homme, aux États-Unis comme ailleurs, reconnaît et protège l'exercice approprié de l'autorité religieuse, l'autonomie des institutions religieuses et le droit à l'autodétermination des groupes religieux. Ce que recouvre exactement le principe de l'autonomie des Églises dans la Constitution américaine n'est pas entièrement établi, mais, semble-t-il, il est clair que les institutions comme les individus bénéficient de la liberté religieuse qu'elle garantit. Quelle est donc la nature précise de cette protection ? Qu'est-ce exactement que « l'autonomie de l'Église » ? Que signifie, pour une communauté religieuse, en termes pratiques et « sur le terrain », le fait de bénéficier du « droit à l'autodétermination » ? Gerard Bradley, spécialiste des relations droit-religion, affirme que « l'autonomie des Églises » est « un sujet majeur pour l'Église et l'État », le « test décisif de l'engagement d'un régime à assurer une liberté spirituelle authentique [14] ». Que devrait faire ou éviter de faire un régime désireux de réussir ce « test » et de donner toute son importance à ce « sujet majeur » ?

Le principe de l'autonomie des Églises peut être éventuellement mis en cause dans beaucoup de situations et de litiges différents. Nous n'en citerons que quelques-uns : la supervision des finances diocésaines par un tribunal de faillite ou une autre instance administrative ; l'obligation pour les organismes affiliés à une Église de financer la contraception de leurs employés, ou, pour les médecins travaillant dans des hôpitaux rattachés à une organisation religieuse, de pratiquer des avortements ; des litiges à propos des procédures disciplinaires ou des critères d'adhésion des membres ; le partage des biens d'une Église après un schisme ou

13 Dignitatis humanae, § 4.

14 Gerard V. Bradley, « Forum Juridicum: Church Autonomy in the Constitutional Order » in *Louisiana Law Review*, vol. 49, 1989, p. 1057-1087, plus précisément p. 1061.



Ouverture de la deuxième session du Concile de Vatican II (1962-1965), place Saint-Pierre, à Rome.

Photo : Peter Geymayer / Wikimedia Commons

une rupture ; l'application des lois anti-discrimination lors de l'embauche ou du licenciement de membres du clergé par une Église, ou d'enseignants par une école religieuse, et les tentatives menées par les gouvernements pour contrôler ou réglementer la façon dont les Églises choisissent leurs responsables. Ce principe n'est probablement pas réductible à un simple « test », même s'il semblerait qu'il y ait plusieurs propositions importantes ne prêtant pas à controverse, à partir desquelles un droit à l'autodétermination plus étendu pourrait être établi (voir la longue énumération d'applications spécifiques figurant dans la Déclaration de Vatican II sur la liberté religieuse et mentionnées plus haut). À bien des égards, la « doctrine » de l'autonomie des Églises est moins une règle générale qu'un mélange d'opinions ou un ensemble de thèmes dont le point commun est un « esprit de liberté pour les organisations religieuses[15] ». Comme nous le savons, le Premier amendement n'autorise pas les actions de l'État établissant ou nécessitant une « interpénétration excessive » entre le gouvernement et la religion, que ce soit au niveau des

15 *Kedroff*, 344 US p. 116.

institutions, des pratiques, des enseignements ou des décisions[16]. Il exige que « les autorités laïques et religieuses [...] n'interfèrent pas mutuellement dans leur sphère de choix et d'influence respectives[17] ». Les juges ont refusé de « se charger de résoudre les différends [religieux] », car « il existe toujours un risque d'empêcher le libre développement de la doctrine religieuse et d'impliquer des intérêts profanes dans des questions d'ordre purement ecclésiastique[18] ». La Cour a confirmé à maintes reprises le « droit fondamental des Églises de décider par elles-mêmes, sans aucune interférence de l'État, des questions d'administration ecclésiale aussi bien que des questions de foi et de doctrine[19] ». Et nous pourrions continuer.

Selon Bradley, « l'autonomie des Églises » est « la question qui se pose quand les principes légaux remplacent les règles internes qui régissent les relations interpersonnelles dans les groupes religieux ». On a dit que ce principe empêche tout « droit de regard des tribunaux civils » sur les « différends religieux internes concernant des questions de foi, de doctrine, de gestion d'Église et d'administration[20] ». Et le juge Brennan (d'après Douglas Laycock) a présenté le sujet d'une manière particulièrement pratique en faisant observer que l'autonomie des organisations religieuses dans le « règlement de leurs affaires internes » comprend la liberté de « choisir eux-mêmes leurs responsables, de définir eux-mêmes leurs doctrines, de résoudre eux-mêmes leurs différends et de gérer eux-mêmes leurs institutions[21] ». Cette formulation prend tout à fait en compte l'ensemble des difficultés que rencontre la liberté des institutions religieuses et les circonstances dans lesquelles elles se présentent.

Les moyens de protéger les droits des groupes religieux

J'ai indiqué précédemment que le fait de s'engager ouvertement en faveur de la liberté religieuse nécessite une réflexion à la fois sur ce que recouvre cette liberté – c'est-à-dire ce que nous voulons préserver – et sur les moyens et les mécanismes

16 *Lemon c. Kurtzman*, 403 US 602, 613-14, 1971.

17 Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2e éd., Foundation Press, Mineola, New York, 1988, § 14-12, en particulier p. 1226.

18 *Presbyterian Church c. Mary Elizabeth Blue Hull Mem'l Presbyterian Church*, 393 US 440, 449, 1969.

19 *EEOC c. Catholic Univ. of America*, 83 F.3d 455, 462, DC Cir. 1996, (citant *Kedroff*, 344 US p. 116).

20 *Bryce c. Episcopal Church* du diocèse du Colorado, 289 F.3d 648, 655, 10th Cir. 2002.

21 *Corporation. of Presiding Bishop c. Amos*, 483 US 327, 341-42, 1987 (Brennan, J., opinion individuelle), qui cite Douglas Laycock, « Towards a General Theory of the Religion Clauses: The Case of Church-Labor Relations and the Right to Church Autonomy », in *Columbia Law Review*, vol. 81, 1981, p. 1373-1417, plus précisément p. 1389.

que nous devons utiliser. Jusqu'à présent, j'ai essayé de montrer que la « liberté religieuse » a une dimension communautaire, collective et publique, ainsi que privée. Elle concerne et sauvegarde les droits des institutions comme ceux des individus. Comment peut-on préserver et promouvoir de façon efficace cette liberté, telle qu'elle vient d'être définie.

Il y a un moyen évident (notamment pour les avocats) pour cela. Aujourd'hui, en effet, la plupart des communautés politiques qui fonctionnent bien manifestent et mettent en avant leur engagement envers les droits fondamentaux de l'homme, y compris envers la liberté religieuse, en « enchâssant » ces droits dans leur Constitution – les plaçant ainsi, du moins dans une certaine mesure, hors de portée de la politique ordinaire – et en autorisant les tribunaux à déclarer non valides les actions des gouvernements et des fonctionnaires qui empiètent sur ces droits[22]. Comme nous l'avons noté au tout début de ce chapitre, cette approche se reflète dans la Constitution américaine ainsi que dans les Constitutions d'autres pays et dans les instruments internationaux fondamentaux portant sur les droits de l'homme. La déclaration de Vatican II sur la liberté religieuse a également souligné qu'il faut « que soit juridiquement délimité l'exercice de l'autorité des pouvoirs publics, afin que le champ d'une honorable liberté, qu'il s'agisse des personnes ou des organisations, ne soit pas trop étroitement circonscrit ». S'il est conseillé de « ne pas accorder notre confiance aux princes », il semble néanmoins logique d'engager les autorités politiques, y compris leur branche juridique, à œuvrer pour protéger les droits de l'homme.

Suggérer que d'autres mécanismes structurels complémentaires puissent être utiles, voire nécessaires, pour s'assurer de la réalité de la liberté religieuse, ne diminue en rien l'importance des dispositions constitutionnelles et juridiques concernant les droits de l'homme. Nous protégeons les droits de l'homme non seulement en listant les différentes choses que les gouvernements pourraient ne pas faire, mais aussi en plaçant les gouvernements dans des situations telles qu'il serait improbable et difficile pour eux de les faire. Le constitutionnalisme est davantage qu'une longue liste d'aspirations ; c'est également le désir d'organiser nos vies ensemble et de promouvoir le bien commun en établissant des catégories, en séparant, en structurant et en limitant le pouvoir de façon concrète et applicable.

La Constitution américaine nous en donne une illustration qui peut nous être utile. Comme chaque étudiant en droit a l'occasion de l'apprendre – du moins, nous l'espérons – et comme Madison l'a si bien expliqué dans *The Federalist*, ceux qui ont élaboré et ratifié la Constitution croyaient que les libertés politiques étaient mieux servies à travers la compétition et la coopération entre des autorités et juridictions

22 Michael J. Perry, *Constitutional Rights, Moral Controversy, and the Supreme Court*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 2009, p. 23-30.

plurielles, et grâce à des structures et des mécanismes contrôlant, tempérant et partageant le pouvoir. La Constitution américaine est plus qu'un catalogue de droits. Notre droit constitutionnel est finalement « le droit gouvernant la structure et la répartition du pouvoir entre les diverses institutions du gouvernement national[23] ». L'expérience constitutionnelle de l'Amérique montre, entre autres choses, que la structure du gouvernement est importante et qu'elle contribue au bien des personnes. Nul n'est besoin de discuter un point aussi fondamental que celui-ci : « Le génie de la Constitution américaine » – du constitutionnalisme américain – « réside dans son utilisation des outils structurels pour préserver la liberté individuelle[24]. »

Dans les remarques précédentes concernant « l'autonomie des Églises », j'ai dit que la liberté religieuse – ce droit de l'homme envers lequel nous nous sommes engagés et que nous cherchons à protéger – comprend le droit des institutions religieuses de se régir elles-mêmes et d'user de leur autorité de façon appropriée sans ingérence des gouvernements. Ce droit, tout comme l'immunité de la conscience religieuse des individus à l'égard de toute contrainte, reflète et est enraciné dans la dignité de la personne humaine, qui est le fondement de la morale des droits de l'homme en général. À cela nous pouvons maintenant ajouter une autre remarque, à savoir que l'autonomie des Églises est – comme le fédéralisme, la séparation des pouvoirs, l'équilibre des pouvoirs et des contre-pouvoirs – un principe structurel dont l'application permet aux groupes religieux qui bénéficient de l'autodétermination de jouer un rôle structurel. Ces groupes sont protégés mais ils sont également protecteurs. Ils jouissent des droits à la liberté religieuse et les utilisent pour eux-mêmes, mais, ce faisant, ils contribuent aussi à ce que d'autres en bénéficient et les exercent à leur tour. C'est vrai aujourd'hui, et ça l'est depuis un millénaire.

Peu de gens aujourd'hui ont entendu parler d'Hildebrand, ce moine du XI[e] siècle devenu pape sous le nom de Grégoire VII. Pourtant, les trois jours de pénitence qu'il a imposés, à la fin du mois de janvier 1077, à l'empereur germanique Henri IV – après l'avoir excommunié – à Canossa, les pieds nus dans la neige, devant le château de la comtesse Mathilde de Toscane, ont été aussi importants pour le développement du constitutionnalisme occidental que les événements plus tardifs de Runnymede ou de Philadelphie. Hildebrand a mené une « révolution » qui, comme l'a déclaré le grand juriste Harold Berman, a entraîné rien de moins qu'une

23 Gary Lawson, « Prolegomenon to Any Future Administrative Law Course: Separation of Powers and the Transcendental Deduction », in *St. Louis University Law Journal*, vol. 49, 2005, p. 885.

24 Steven G. Calabresi et Kevin H. Rhodes, « The Structural Constitution: Unitary Exècutive, Plural Judiciary », in *Harvard Law Review*, vol. 105, 1992, p. 1153, 1155.

« transformation totale » du droit, de l'État et de la société[25]. Le cri de guerre de cette révolution papale – l'idée qui allait servir de catalyseur pour ce que Berman considère comme « le premier tournant majeur de l'histoire européenne » et fondement à un millénaire de théorie politique – était *libertas ecclesiae*, la « liberté de l'Église[26] ».

Le présent article n'a pas pour objectif de donner un récit détaillé de la « querelle des investitures », de cette révolution papale et de leurs conséquences. Un bref résumé suffira. Il faut commencer par ce qui a été, comme Robert Wilken l'a souligné, un « fait majeur dans la vie ecclésiastique au début du Moyen Âge [...], [à savoir] que les affaires de l'Église étaient gérées par les rois et les princes[27] ». Ces autorités – qu'il serait probablement anachronique de qualifier de « laïques », étant donné le sens que cet adjectif a pris aujourd'hui – ne considéraient pas qu'elles franchissaient la frontière entre la religion et la politique. L'empereur estimait certainement que le soin de l'âme des chrétiens et le bon fonctionnement de l'Église du Christ faisaient largement partie de sa fonction voulue par Dieu. Néanmoins, c'est ce « fait majeur » que visait l'ambitieuse révolution d'Hildebrand. S'appuyant sur un siècle de tentatives de réformes et de combats menés contre la corruption, et allant même bien au-delà, le pape Grégoire VII, en 1075, prononça une sévère et retentissante condamnation contre le contrôle exercé par le pouvoir séculier sur le choix et l'investiture des évêques. Indifférent – c'est le moins que l'on puisse dire – aux exigences et aux arguments juridiques du pape, l'empereur répondit : « Moi, Henri, roi par la grâce de Dieu, et tous mes évêques, nous te disons : Descends, descends et sois damné pour l'éternité[28]. »

La confrontation dramatique qui s'ensuivit au château de Canossa, après l'excommunication d'Henry IV, fut loin de marquer la fin du conflit. La « guerre des investitures » ne tarda pas à éclater et elle fit rage pendant plusieurs décennies. Finalement, Henri IV nomma son propre pape, et Grégoire VII mourut en exil, en citant un verset du psalmiste : « J'ai aimé la justice et j'ai haï l'iniquité ; c'est pourquoi je meurs en exil ». Le concordat de Worms, en 1122, calma la situation pendant un temps. Il représentait une forme de compromis, pourtant c'est de ce

25 Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 23. (Version française : *Droit et révolution*, Éd. de la Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, 2002).

26 *Idem*, p. 87.

27 Robert Louis Wilken, « Gregory VII and the Politics of the Spirit » dans l'ouvrage de Richard J. Neuhaus, éd., *The Second One Thousand Years: Ten People Who Defined a Millennium*, Wm. B. Eerdmans, Grand Rapids, MI, 2001, p. 6.

28 H. J. Berman, *Law and Revolution*, p. 96.



Marche sur Canossa : le roi Henri IV priant la comtesse Mathilde de Toscane et l'abbé Hugues de Cluny (parrain du roi) d'intercéder pour lui auprès du pape Grégoire VII. L'interdiction papale sur Henri IV a été levée le 27 janvier 1077.

Manuscrit de Donizo, Biblioteca Apostolica Vaticana, Rome.

Photo : Wikimedia Commons

compromis qu'a émergé la « science politique occidentale – et plus précisément les premières théories occidentales modernes sur l'État et le droit séculier[29] ». Comme le dit George Weigel :

« Si les empereurs avaient réussi à faire de l'Église une subdivision administrative et spirituelle de l'empire, on aurait perdu bien plus encore que la *libertas ecclesiae* ou la possibilité pour l'Église de régir sa vie interne. L'occasion de développer un pluralisme institutionnel à l'Ouest aurait peut-être été manquée ou, du moins, retardée[30]. »

Cela n'enlève rien au caractère « révolutionnaire » de ses revendications et de ses succès de savoir que Grégoire VII n'est pas à l'origine de la notion de « liberté de l'Église », principe moteur de son action. Déjà en 494, en effet, le pape Gelasius

29 *idem.*, p. 111.

30 George Weigel, *The Cube and the Cathedral: Europe, America, and Politics Without God*, Basic Books, New York, 2005, p. 100. (Version française : *Le Cube et la Cathédrale – L'Europe, l'Amérique et la politique avec ou sans Dieu*, édition de la Table Ronde, Paris, 2005).

écrivait à l'empereur byzantin Anastasius I : « Deux pouvoirs, auguste empereur, règnent sur le monde : l'autorité sacrée du sacerdoce et le pouvoir royal[31]. » Il ne faut pas non plus penser que cette idée est amoindrie par le fait qu'un peu moins de cent ans après le différend entre le pape et Henri IV, en Angleterre, le roi Henry II et Thomas Becket se sont affrontés quand le souverain a revendiqué la suprématie royale sur l'Église, ou que la position d'Hildebrand a été manifestement remise en question par la Réforme protestante, la Paix d'Augsbourg, la Révolution française et l'anticléricalisme du XIX[e] siècle.

Alors, pourrions-nous demander, à quoi bon tout cela? En quoi le récit de ces conflits médiévaux entre des empereurs et des papes peut-il nous servir aujourd'hui dans notre réflexion sur la liberté religieuse ou notre engagement à protéger les droits de l'homme par la loi ? En ceci : la « querelle des investitures » et la position agressive du pape Grégoire VII sur la « liberté de l'Église » montrent bien les liens importants qui existent entre le pluralisme et le constitutionnalisme, entre l'autonomie des institutions religieuses et les droits des individus. John Courtney Murray a pris soin d'étudier ces liens sous tous leurs aspects et de les mettre en évidence. La déclaration de Vatican II sur la liberté religieuse est le résultat de ses réflexions. D'après lui, nous ne sommes pas réellement libres – aucun de nous, croyant ou pas, ne l'est vraiment – si « tout ce qui fait fondamentalement de nous des êtres humains ne bénéficie pas de l'immunité sacrée à l'égard de toute profanation par le pouvoir de l'État ». Le problème – et il se pose depuis longtemps – est donc de trouver le principe limitant qui permette de « contrôler l'emprise du pouvoir civil et de préserver cette immunité ». D'après lui, « la civilisation occidentale a d'abord trouvé cette norme dans le principe lourd de sens de la liberté de l'Église ». En d'autres termes, ce principe définit ce que Murray a appelé le « nouveau théorème chrétien », à savoir que l'Église « s'est tenue entre le corps social et le pouvoir public, non seulement en limitant l'étendue de ce pouvoir sur le peuple, mais aussi en mobilisant le consensus moral du peuple et en l'amenant à faire pression sur le pouvoir ». Pour Murray, c'est la liberté de l'Église qui a procuré une « armature sociale à l'ordre sacré », au sein duquel la personne humaine peut « être à l'abri de toutes les libertés auxquelles son caractère sacré aspire[32] ». Il croyait que « la protection des [...] aspects de la vie contre le pouvoir

31 Le texte de cette lettre est consultable sur le site http://www.fordham.edu/halsall/source/gelasius1.html. John Witte dit de ce passage sur les « deux pouvoirs » qu'il est un « texte classique sur lequel se sont appuyées plus tard nombre de théories de la séparation entre le pape et l'empereur, le clergé et les laïcs, *regnum et sacerdotium* ». *Religion and the American Constitutional Experiment*, 2[e] éd., Westview Press, Boulder, Colorado, 2005, p. 6.

32 H.C. Murray, *We Hold These Truths*, p. 204, 205.

par nature « invasif » de l'État [...] dépendait historiquement de la liberté de l'Église en tant qu'autorité spirituelle indépendante[33] ».

La séparation de l'Église et de l'État

Cela peut sembler étrange au premier abord, mais le succès du constitutionnalisme dépend de l'existence et des activités d'autorités non étatiques. Le constitutionnalisme devrait protéger les groupes religieux indépendants qui fonctionnent et évoluent indépendamment des gouvernements, mais il a aussi besoin d'eux. C'est donc une erreur que de considérer la « religion » simplement comme une pratique privée ou même un phénomène social à l'égard duquel les constitutions reconnaissent leur responsabilité ou contre lequel elles réagissent. Au contraire, nous devrions considérer le constitutionnalisme comme une entreprise à laquelle la liberté religieuse contribue. La protection et le développement des droits de l'homme dépendent non seulement des contraintes placées sur les gouvernements, mais aussi de la structure de l'ordre social. L'autonomie des groupes religieux, en ce qui concerne leur administration, leurs doctrines, leurs dirigeants et leurs membres, participe à cette structure mais elle en bénéficie également.

Tout ceci permet de montrer de quelle façon la « séparation de l'Église et de l'État » est un soutien pour la liberté religieuse, ce que beaucoup croient mais que beaucoup d'autres nient avec tout autant de force. Bien sûr, dans les débats publics actuels, cette « séparation » est souvent considérée par ses adversaires et par nombre de ses soi-disant défenseurs comme une politique exigeant que « l'espace public » soit débarrassé de toute expression religieuse, de tout symbole et de tout activisme religieux. On pense souvent, ou on craint, que la séparation de l'Église et de l'État, impose aux croyants de considérer leur foi comme une affaire strictement privée et de faire une totale distinction entre leurs engagements religieux et leur vie publique ou leur opinion sur la façon dont la société doit être organisée. Vue sous cet angle, la séparation de l'Église et de l'État permet, le cas échéant, de protéger les droits de l'homme en faisant peser des contraintes sur les croyants et les groupes religieux et en réduisant le risque de conflits sociaux et de persécutions.

Mais il y a une autre façon, bien meilleure, de voir les choses. La « séparation de l'Église et de l'État », lorsqu'elle est bien comprise, est un dispositif structurel au sein duquel les institutions religieuses sont distinctes, différentes et tout à fait indépendantes des institutions gouvernementales. C'est un principe de pluralisme, avec des autorités multiples dont le champ se recoupe, des loyautés et des revendications

33 Francis Canavan, S.J., « Religious Freedom: John Courtney Murray, S.J. and Vatican II », in *Faith and Reason*, vol. 8, été 1987, repris dans l'ouvrage de Robert P. Hunt et Kenneth L. Grasso, éds., *John Courtney Murray and the American Civil Conversation*, Eerdmans, Grand Rapids, MI, 1992, p. 167-180.

qui sont en concurrence. C'est une règle qui limite l'État, créant ainsi et protégeant un espace social au sein duquel les individus sont formés et instruits, et sans lequel la liberté religieuse est vulnérable. Ainsi comprise, cette « séparation » n'est pas une idéologie antireligieuse, mais une composante importante de toute conception valable de la liberté religieuse au moyen et dans le cadre d'un gouvernement limité par la Constitution. Le pape Benoît XVI a réaffirmé que la « distinction entre ce qui est à César et ce qui est à Dieu, [...] à savoir entre État et Église, appartient à la structure fondamentale du christianisme[34]. » Dans le même ordre d'idée, il a souligné que c'est le christianisme qui « a introduit l'idée de la séparation de l'Église et de l'État dans le monde. Jusque-là, l'organisation politique et la religion étaient unies. Dans toutes les cultures, l'État était sacré en lui-même et le protecteur suprême de la sacralité ». Toutefois, le christianisme « a privé l'État de sa nature sacrée [...]. En cela, a-t-il insisté, la séparation est avant tout un héritage chrétien primordial[35]. »

Conclusion

Les Églises et autres groupes religieux bénéficient, comme il se doit, d'une large liberté leur permettant d'organiser, de diriger et de gérer eux-mêmes leurs affaires en accord avec les enseignements et les doctrines qui sont les leurs. Comme je l'ai déjà dit, non seulement cette liberté bénéficie des lois sur les droits de l'homme, et plus généralement du constitutionnalisme, mais elle y contribue également. Cela dit, il est évident que les principes et les prémisses de l'autonomie de l'Église sont vulnérables et qu'ils sont l'objet d'attaques dans certains contextes. Le droit est une réalité, mais son champ d'application et ses fondements sont de plus en plus contestés.

Cette vulnérabilité est sans aucun doute due au lien qui est parfois établi – et que beaucoup perçoivent – entre, d'un côté, le principe de l'autonomie de l'Église et, de l'autre, les abus sexuels et la corruption du clergé, la vénalité et la mauvaise administration des évêques ou les faillites des diocèses. Bien souvent, les gens qui critiquent le droit à l'autodétermination des groupes religieux ne le comprennent pas bien, pas plus que le principe d'autonomie de l'Église. D'après eux – hypothèse invraisemblable et dommageable – ces droits mettent les Églises et le clergé, d'une certaine manière, « au-dessus des lois » : les unes et l'autre n'ont donc de comptes à rendre à personne pour les fautes qu'ils commettent ou le mal qu'ils causent. De

34 Pape Benoît XVI, *Deus caritas est*, § 28(a), 2005. (Texte français consultable sur http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20051225_deus-caritas-est_fr.html).

35 Joseph Ratzinger, *The Salt of the Earth: The Church at the End of the Millennium*, Ignatius Press, San Francisco, 1997, p. 238, 240. (Version française : *Le Sel de la terre*, Flammarion, Paris, 1997).

plus, la liberté des organisations, des institutions et des groupes religieux est rendue précaire à cause de l'affaiblissement de la notion même d'« autorité » religieuse dans le discours contemporain. Dans la mesure où l'on considère que le principe d'autonomie des Églises privilégie les institutions par rapport aux individus, les structures par rapport aux croyants, sa portée diminue, les gens ayant tendance à penser la foi – et, par extension, la liberté religieuse – plus en termes de spiritualité personnelle que d'affiliation institutionnelle, de culte public et de traditions. Dans la mesure où nous considérons la foi religieuse comme une forme d'expression, d'accomplissement de soi, ou une thérapie, nous avons tendance à considérer les institutions religieuses, au mieux comme des outils potentiellement utiles et, plus probablement, comme des contraintes étouffantes et des obstacles gênants pour la découverte de soi. Mais ce serait là une erreur.

LES ORGANISATIONS RELIGIEUSES ET L'ÉTAT : LE DROIT DU RÉGIME ECCLÉSIASTIQUE ET LES COURS CIVILES

William W. Bassett*

Les lecteurs habitués à la littérature et à la culture anglaise reconnaîtront immédiatement dans ce titre une allusion à l'œuvre élégante et conciliatoire du grand homme d'Église, Richard Hooker, publiée en 1593[1]. Son livre, *Laws of Ecclesiastical Polity*, est l'exposé classique de la *voie du milieu*, la marque de l'anglicanisme mondial, et il constitue aujourd'hui une icône littéraire dans le domaine des études religieuses chrétiennes. Dans son titre, le terme « régime » fait référence à la gouvernance de l'Église, c'est-à-dire à son administration et au processus décisionnel de ses organes. Il recouvre des notions comme la distinction entre les dirigeants et les membres, leurs devoirs et leurs compétences respectifs au sein de l'Église et la manière dont l'Église gère son personnel, ses ressources et sa mission. C'est un terme spécifique qui englobe l'identité unique, la vie quotidienne et la culture distincte de l'Église en tant qu'organisation sociale unique.

Lorsque nous abordons le sujet de l'interrelation entre les organisations religieuses et l'État, nous faisons nécessairement référence aux lois de l'État qui interdisent ou permettent, limitent ou étendent le pouvoir du gouvernement sur les règles, la discipline et l'organisation des Églises et de leurs instances. Dans ce chapitre, je me concentrerai sur le droit des États-Unis, particulièrement sur la manière dont il a été interprété par la Cour suprême des États-Unis et appliqué aux Églises chrétiennes en tant qu'organisations religieuses parmi d'autres. La Cour suprême a utilisé sa propre analyse – qui est particulière et pas toujours cohérente – du régime et de l'administration ecclésiastiques dans un nombre important de procès impliquant

---

* Professeur de droit à l'université de San Francisco. Une version plus ancienne de ce chapitre a été publiée dans *Christianity and Law: An Introduction*, John Witte, Jr. et Frank S. Alexander, éditeurs, Cambridge University Press, Cambridge, 2008. Elle est utilisée ici avec la permission de l'auteur et de l'éditeur.

1 Richard Hooker, *The Laws of Ecclesiastical Polity* (1593), vol. 1 de la série en deux volumes, *The Complete Works of Richard Hooker*, Geoges Edelen et William S. Hill, éditeurs, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1977-1980.

des Églises et d'autres organisations religieuses. Comme nous le verrons, après avoir essayé par deux fois d'interpréter et d'expliquer le droit canon dans un esprit plus actuel, la Cour suprême a établi le régime ecclésiastique comme norme décisive dans les cas de schismes au sein des Églises et elle a repensé sa propre conceptualisation de l'administration des écoles religieuses.

Elle a jugé, par exemple, que la nécessité pour une Église d'élargir ses infrastructures pour son œuvre pastorale n'était pas impérieuse et a expliqué qu'une Église avait le droit d'exercer la discrimination religieuse en fonction des postes à pourvoir et des missions à remplir au sein des églises. Parallèlement, les juridictions inférieures ont rajouté leurs propres idées en ce qui concerne l'administration, par l'Église, des trusts religieux, des prestations sociales pour les employés, des conventions collectives et des responsabilités civiles délictuelles. Il ne s'agissait pas là de dossiers criminels, mais d'affaires civiles impliquant des allégations de préjudices privés et non publics. Et, bien entendu, dans chacun des 14 000 cas (et plus) où le mot « religion » ou « religieux » apparaît dans les textes de loi fédéraux et de l'État, le gouvernement autorise implicitement le tribunal civil à déterminer ce qui peut être effectivement défini comme « religieux » pour satisfaire les conditions légales[2]. Il ne fait pas de doute que la séparation stricte de l'Église et de l'État n'intervient nulle part dans cette jurisprudence, nonobstant l'enrobage juridictionnel des « principes de neutralité du droit » dans l'arbitrage. C'est une question d'ajustement.

Dans cet article, le postulat de base que je pose est le suivant : les questions de régime et de discipline de l'Église font partie de la liberté religieuse telle que décrite dans le cadre du Premier amendement de la Constitution des États-Unis. Le libre exercice de la religion implique non seulement le droit de croire mais aussi le droit d'adorer en groupe, de prêcher, d'enseigner, de se rassembler, d'organiser et d'administrer les ressources communes sans interférence du gouvernement. Un contrôle de l'État sur la gouvernance interne de l'Église et de ses instances constitue une menace d'interpénétration avec la religion et donne au juge civil des compétences injustifiées. Le Premier amendement avait pour but de traiter et d'éviter ces graves problèmes politiques.

2 La recherche menée par LEXIS dans tous les textes de loi (fédéraux et de l'État) existants (terme de recherche « religio ! » (Codes library, AllCde file)) a mis en évidence plus de 14 000 textes dans lesquels le terme « religion » ou « religieux » apparaît. Les dérogations religieuses, de façon plus spécifique, apparaissent dans plus de 2 000 textes (termes de recherche « religio » w/20 « exempt! » ou « except! »).

Rôles et missions au sein des Églises : une question de conviction religieuse

Richard Hooker a expliqué la structure épiscopale, les cérémonies sacramentelles et les rituels du culte et de la piété dans l'Église qui s'est créée en Angleterre, au XVI[e] siècle, avec le retour aux Écritures, à la tradition ancienne et à une étude approfondie des usages du droit. D'après lui, ce sont ces autorités que l'Église a utilisées pour établir ses principaux organismes de ministère et d'entraide : les diocèses, les tribunaux ecclésiastiques, les paroisses, les presbytères, les sacristies et leurs desservants, ainsi que les organisations caritatives et éducatives. Hooker a clairement montré que la Réforme protestante du XVI[e] siècle a concerné non seulement l'Église, mais aussi la doctrine. Ces deux sujets inextricablement liés ont été au cœur d'intenses affrontements et de débats sur le continent et en Angleterre. Tous deux se sont réglés d'une manière pratique au cours de l'histoire, mais, fondamentalement, ils ont créé, au niveau des individus, des problèmes de conscience religieuse très profonds, en particulier durant la période douloureuse où a sévi la menace de l'intervention du pouvoir civil – monarchique dans l'Europe du Nord ou inquisitorial dans le monde latin. Les retombées de ce régime européen en Amérique ont été l'omniprésence de la discrimination sociale et du mécontentement qui ont régné dans les colonies où les Églises étaient souvent établies et soutenues financièrement par les fonds publics.

Les auteurs de la Constitution américaine du XVIII[e] siècle ont décidé de ne pas laisser la question de la liberté religieuse aux mains des intérêts rivaux de la pluralité des Églises de l'époque. Ils ont édicté la garantie du Premier amendement : « Le Congrès ne fera pas de loi privilégiant une religion en particulier ou interdisant son libre exercice. » Le sujet de cet article – les organisations religieuses et l'État – inclut les deux affirmations du Premier amendement : la restriction juridictionnelle sur le Congrès qui crée les lois accordant des privilèges à une religion et la protection contre les lois interdisant le libre exercice d'une religion. Le fait d'organiser et d'administrer des communautés de foi fait partie des pratiques religieuses, tout comme l'adoration et la prière publique. De plus, le libre exercice d'une religion est dérisoire et presque dénué de sens sans la protection des libertés d'expression et d'association. Seuls le consentement mutuel ou des situations d'extrême urgence au sein de la société peuvent autoriser l'État à déterminer les aspects des organisations religieuses que les tribunaux risquent de considérer comme « profanes » – par opposition aux fonctions purement « religieuses » –, c'est-à-dire les actions qui ne bénéficient pas de la protection accordée aux comportements motivés par la foi.

Les nombreuses facettes du régime ecclésiastique

Depuis la Réforme jusqu'à aujourd'hui, des divisions radicales ont marqué les régimes de la chrétienté. Celle-ci est partagée entre, d'un côté, les hiérarchies descendantes épiscopales catholiques et orthodoxes, et, de l'autre, les hiérarchies

ascendantes évangéliques. Ces deux courants présentent des différences liées aux structures des ecclésiologies congrégationalistes d'inspiration calviniste à mouvance auxiliaire rattachées aux Églises qui sont représentées dans les « Églises réunies ». À cela s'ajoutent des multitudes d'organisations missionnaires et de services liées aux règles fondamentales de l'Église, bien sûr, et créées pour des raisons de foi : facultés, universités, séminaires, hôpitaux, centres de soins, hospices, cliniques, écoles, établissements de recherche et maisons d'édition, organisations de protection sociale, centres d'accueil, maisons de retraite, ainsi que des agences de développement et de coopération inter-Églises et au sein des Églises. Ces organisations et ces organismes religieux auxiliaires, qui se tiennent à part des lieux de culte proprement dits, se comptent par dizaines de milliers dans le monde entier. Ils occupent une place prépondérante dans la vie pratique et le ministère de toutes les Églises, et ils possèdent le charisme, la culture, l'esprit et la philosophie qui sont particuliers à leurs traditions religieuses respectives.

Afin de pouvoir être détenteurs de titres de propriété et d'administrer efficacement leurs biens sous la protection légale appropriée, les Églises utilisent différentes formes légales d'associations pour leur constitution en société comme pour la création de leurs organismes auxiliaires. Aux États-Unis, les conditions à remplir et leurs incidences pour les associations constituées en société relèvent du droit étatique et non du droit fédéral. Aujourd'hui, peu d'Églises ou d'organisations religieuses américaines sont encore des associations non constituées en société. La plupart ont adopté – selon les textes de lois – le statut de société à but non lucratif, d'organisation religieuse ou de personne morale simple. Les organismes d'intérêt public, tels que les établissements de soins et les centres d'accueil, les écoles et autres, sont généralement créés séparément et soumis aux conditions de la niche fiscale fédérale.

Les organisations religieuses acceptent de façon implicite de se conformer aux réglementations et au contrôle de l'État lorsqu'elles se mettent au service du public, sans discrimination, et qu'elles s'engagent, avec le gouvernement, à proposer des programmes à caractère social et caritatif en utilisant les fonds, les autorisations, les accréditations ou les certifications de l'État. De plus, les Églises ont recours aux lois de l'État pour leurs contrats, leurs acquisitions, leurs ventes, leurs transactions immobilières, la création de leurs sociétés et toutes autres transactions légales. Mais tout ce qui concerne leur prise de décision et la délégation de leur pouvoir décisionnel est d'ordre interne et relève du domaine de la foi. Par exemple, le rôle de l'évêque vis-à-vis de ses supérieurs, du pasteur vis-à-vis du comité paroissial ou celui du prédicateur vis-à-vis du conseil d'administration d'une congrégation – repose sur une tradition et une pratique très anciennes. Ainsi, la question de savoir qui, dans les Églises, est habilité à signer des contrats liant l'Église tout entière peut devenir, devant la Cour, une question de droit étatique. Un problème similaire d'une importance vitale fait référence à des personnes dont les actions ou la négligence

peuvent rendre l'Église tout entière responsable de torts spécifiques qui mettraient en péril, devant une cour civile et aux yeux de tous, les ressources matérielles et la réputation des Églises.

Le droit des organisations religieuses

Pour les Églises ainsi que pour les organismes de santé, d'éducation et d'aide sociale leur appartenant, il est vital que l'intégrité des titres immobiliers, le respect des contrats, la conformité aux règles de santé et de sécurité et la divulgation complète et honnête de toutes informations, soient assurés, car tout cela est nécessaire à la prise de décisions judicieuses et conformes à la loi dans leur administration. Par ailleurs, comme toutes les entreprises en général, les organisations religieuses ont le droit de bénéficier des services de la police et des pompiers, ainsi que des avantages du statut associatif et des formalités qui en découlent – dont le droit à la « personnalité juridique » [ou « personnalité morale », NDLT], selon l'expression utilisée dans de nombreux systèmes légaux. Ainsi, lorsque les organisations religieuses comparaissent en justice ou devant des organismes civils, les juges et les fonctionnaires doivent savoir quelle est la forme juridique de leur entreprise, pour pouvoir au moins déterminer leur position devant la cour – et la juridiction qui a compétence en la matière – et s'assurer de leur représentation légale. Cela rend, bien sûr, inévitable un certain niveau de contrôle du régime de l'Église par l'État. La séparation constitutionnelle entre la religion et le gouvernement n'a jamais prétendu être absolue, et elle ne peut l'être.

Au-delà de la participation à des projets neutres d'intérêt public et du partage des charges qu'impliquent la vie en société, le lien des organisations religieuses avec l'État devient plus problématique à cerner. Les tribunaux américains ont ici tissé un réseau de relations asymétriques pour saisir l'ingérence des réglementations étatiques dans le libre exercice de la religion. Pour illustrer cela, je vais évoquer brièvement quatre domaines dans lesquels les cours ont étudié avec soin le régime des organisations religieuses – avec de graves conséquences au niveau du civil.

La Loi sur les trusts. Dans l'affaire *Watson c. Jones* de 1872[3], la Cour suprême des États-Unis a saisi la compétence interétatique pour arbitrer un schisme difficile, intervenu au sein d'une Église presbytérienne du Kentucky à propos de la question de l'esclavage et de son abolition. La Walnut Street Church de Louisville a décidé par vote de s'exclure de l'Assemblée générale de l'Église presbytérienne et a demandé à faire partie de « l'Église presbytérienne des États confédérés » (la guerre civile a, on le voit, déchiré l'Église presbytérienne nationale, comme beaucoup d'autres d'ailleurs). Dans cette affaire, la raison de la séparation était la suivante : des membres de l'église

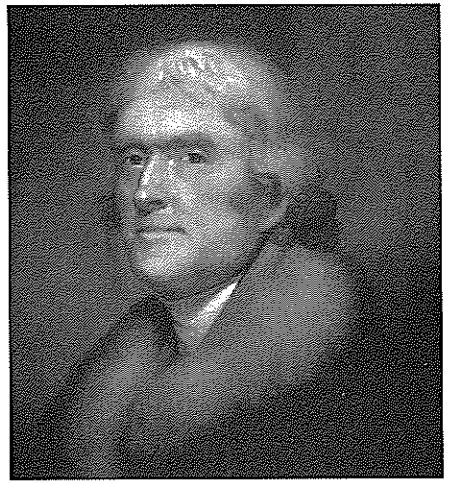
3 *80 US 679 (1872).*

locale avaient refusé d'approuver la résolution de l'Assemblée générale déclarant (en accord avec le gouvernant fédéral) que l'esclavage était immoral et réclamant son abolition. A la suite de ce schisme entre les membres d'église, l'attribution des titres de propriétés de la paroisse locale posait difficulté.

Le tribunal de circonscription a jugé que l'objet du litige était de nature purement ecclésiastique. Puisque l'Église presbytérienne était soumise au régime hiérarchique, il a confirmé la juridiction et la décision de l'Assemblée générale en tant qu'autorité la plus haute dans l'Église. La Cour suprême des États-Unis a entériné la décision du tribunal, en rappelant qu'une cour ne peut violer le droit de libre exercice que possède une Église de régler elle-même les questions de régime ecclésiastique sans interférence civile. Elle a conclu que la Walnut Street Church appartenait de plein droit aux membres fidèles désignés par l'Assemblée générale et non aux dissidents. Si une Église a un gouvernement de type hiérarchique, ses membres acceptent implicitement l'autorité des plus hauts représentants qui ont un pouvoir de décision. En effet, dans les Églises de type hiérarchique, il existe une confiance implicite sur les questions de propriétés causées par les controverses théologiques, la discipline de l'Église, le gouvernement ecclésiastique ou la conformité des membres de l'Église à ses standards de moralité. Le jugement pris dans le cas de *Watson c. Jones*, a comparé les Églises à des conseils d'administration civils et, après avoir reconnu le régime hiérarchique de l'Église, s'en est remis aux décisions ultimes de l'Église en ce qui concerne les titres et l'utilisation des propriétés[4].

Plus tard, en pleine Guerre Froide, l'État de New York a tenté d'anticiper d'éventuels litiges à propos des droits sur les propriétés appartenant à l'Église russe orthodoxe. À la *Religious Corporations Law* (Loi sur les sociétés religieuses), il a ajouté une clause réunissant toutes les Églises soumises au Patriarcat de Moscou dans un district de métropole administré de façon autonome et couvrant toute l'Amérique du Nord. Ce regroupement d'Églises fut appelé « Église orthodoxe russe de toute l'Amérique et du Canada ». Le but de cette appellation était d'empêcher le titulaire du Synode de Moscou – que l'on supposait sous l'influence du parti bolchévique – de se servir des Églises pour faire de la politique. Dans une affaire datant de

4 Le refus d'accorder aux cours civiles la compétence et le droit de traiter des questions de doctrine ou de gouvernance interne des Églises a été réaffirmé en 1969 dans une affaire portant sur un schisme intervenu au sein d'une Église et causé par des dissensions au sujet de la consécration des femmes dans une congrégation locale : *Presbyterian Church in the United States c. Mary Elizabeth Hull Memorial Presbyterian Church*, 393 US 440 (1969). Mais, l'année suivante, la Cour suprême, dans un jugement *per curiam*, a soutenu la cour d'appel du Maryland qui a réglé un litige concernant une propriété d'Église en utilisant les principes judiciaires de neutralité du droit étatique sur les titres de propriété : *les anciens des Églises de Dieu du Maryland et de la Virginie c. l'Église de Dieu de Sharpsburg*, 396 US 367 (1970).



Thomas Jefferson (1743-1826), 3e président des États-Unis, a été le principal auteur de la Déclaration d'Indépendance (1776). Il a soutenu la séparation de l'Église et l'État et a également été l'auteur du statut pour la liberté religieuse de Virginie.

Thomas Jefferson, peinture de Rembrandt Peale, 1805.

Photo : New York Historical Society / Wikimedia Commons

1952 mettant en jeu la cathédrale Saint-Nicolas de New York, la Cour suprême a clairement déclaré que l'État de New York était en infraction avec la Clause de libre exercice du Premier amendement, pour s'être, de façon inacceptable, immiscé dans des questions de gouvernance ecclésiastique : la liberté pour une Église de choisir son propre clergé[5]. La Cour est parvenue à la conclusion que, dans une Église de type hiérarchique, les seuls administrateurs habilités à protéger les propriétés sont les dirigeants de l'Église et non les fonctionnaires de l'État.

Cette série de litiges a connu son apogée en 1976 avec le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Diocèse orthodoxe de la Serbie orientale pour les États-Unis et le Canada c. Milivojevich*[6]. Lors de ce procès, la Cour suprême de l'Illinois s'était permis d'utiliser son interprétation du droit canon de l'Église orthodoxe de Serbie contre les plus hautes autorités de l'Église elles-mêmes. La Sainte assemblée des évêques de l'Église orthodoxe de Serbie à Belgrade avait défroqué l'évêque Dionisjie Milivojevich, du diocèse américano-canadien, puis avait commencé à réorganiser l'Église en trois diocèses. L'État de l'Illinois avait estimé que les procédures employées étaient en désaccord avec le droit canon de l'Église, et il avait, par conséquent, déclaré que la décision de l'Église était arbitraire et nulle. La Cour suprême des États-Unis a renversé ce jugement en statuant que les enquêtes menées par la Cour suprême de l'Illinois dans des affaires de compétences et de régime ecclésiastiques, ainsi que ses décisions ultérieures, étaient une violation des droits constitutionnels de l'Église.

5 *Kedroff c. la cathédrale Saint-Nicolas*, 344 US 94 (1952) ; confirmé, *Kreshnik c. la cathédrale Saint-Nicolas*, 363 US 190 (1960).

6 426 US 696 (1976).

Finalement, dans l'affaire *Jones c. Wolf* (1979)[7], la Cour suprême a mis un terme à sa longue réflexion sur les exigences du Premier amendement à propos des cours de justice qui cherchent à résoudre des litiges concernant des propriétés d'Église. Le titre de propriété de l'Église presbytérienne de Vineville de Macon, dans l'État de Géorgie, était au nom des administrateurs de l'Église. En 1973, la majorité de ses membres et le pasteur avaient voté d'interrompre leur affiliation au presbytère Augusta-Macon de l'Église presbytérienne des États-Unis et de se joindre à une autre dénomination, l'Église presbytérienne d'Amérique. La minorité restante avait alors entamé une action en justice, en recours collectif, auprès de la Cour de l'État et cherché à établir son droit de posséder et d'utiliser la propriété de l'Église. La Cour suprême de la Géorgie a prononcé son jugement en faveur de la majorité sur la base des « principes judiciaires neutres ». Elle a examiné les titres de propriété de l'Église, les textes de loi de l'État traitant des trusts tacites et le *Book of Church Order* de la dénomination pour déterminer s'il y avait un texte sur lequel se fonder pour autoriser un trust en faveur de l'Église en général. Ne trouvant rien qui puisse justifier un trust dans aucun de ces documents, la Cour de la Géorgie a décidé de baser sa décision sur le titre légal de la propriété établi au nom de l'église locale. Sans plus tergiverser, elle a déclaré que la congrégation locale était représentée par le groupe majoritaire.

La Cour suprême a estimé qu'un tribunal civil pouvait examiner des questions de propriété ainsi que la constitution et les chartes d'une Église et de ses organismes dans des termes purement laïques afin d'éviter toute interpénétration avec la religion ou toute violation de la neutralité. Les principes de neutralité dans les décisions judiciaires permettent à la fois de ne pas avoir à interpréter la doctrine et à analyser le régime ecclésiastique au moment où l'on s'efforce de définir où réside l'autorité dans les Églises. *Jones c. Wolf* a été le dernier cas dans lequel la Cour suprême des États-Unis a eu à traiter en appel un litige concernant une propriété d'Église. Par la suite, il a été demandé aux administrateurs des organisations religieuses de définir, dans les titres, les droits de propriété précis pour le cas où des différences de points de vue causeraient des schismes dans les Églises[8].

L'obligation imposée par la Cour suprême des États-Unis aux cours inférieures d'adhérer aux principes de neutralité dans leurs décisions judiciaires et d'éviter de s'impliquer dans des controverses religieuses continue de poser de graves dilemmes

7 443 US 595 (1979).

8 *Jones c. Wolf* est généralement utilisé comme exemple dans le droit de l'État. Voir, par exemple, *Église épiscopale protestante c. Barker*, 115 Cal. App. 3d 599 (1981), *cert. den.*, 454 US 864 (1981) (« La Californie a rejeté la théorie de la hiérarchie pour régler les litiges concernant les propriétés d'Église et elle a adopté, à la place, des principes judiciaires neutres. »).

lorsque les juges doivent s'immiscer dans des transactions de propriétés, des contrats d'embauche ou des dons faits pour la promotion d'une religion. En bref, dans ce dernier exemple, la prémisse fondamentale de la loi sur les trusts, à savoir que la loi fera respecter l'intention du constituant de faire un cadeau durable à une organisation caritative religieuse, est menacée. Si un trust est organisé dans le but de promouvoir la religion en général ou une religion en particulier, ou s'il doit être administré selon des lois religieuses sans qu'une société civile particulière n'ait été nommée comme administrateur ou bénéficiaire, il ne pourra être mis en application pour cause de manque de principes de neutralité dans les décisions judiciaires. Les principes de neutralité dans les décisions judiciaires tiennent les convictions religieuses du constituant pour irrecevables.

L'aide publique aux écoles religieuses. Le département de l'Éducation des États-Unis gère un énorme budget de plus de 500 programmes et accorde des fonds aux administrations des écoles d'État ou d'écoles locales, aux facultés et universités, ainsi qu'à titre individuel à des étudiants de tous les États-Unis. Par exemple, en 2007, ce département a promis d'allouer 62 milliards de dollars en prêts pour les nouveaux étudiants. Les financements des programmes proposés par le département, et auxquels des organisations éducatives affiliées à une religion peuvent participer, sont trop nombreux pour être énumérés ici. À cette colossale somme d'argent s'ajoutent les milliards de dollars fournis par les différents États et destinés non seulement à l'éducation publique, mais aussi à des programmes de rattrapage et d'acquisition plus largement accessibles. La jurisprudence de la Cour suprême concernant les questions du Premier amendement, au cas où les organisations religieuses souscrivent au financement du gouvernement fédéral ou de celui de l'État, est suffisamment compliquée pour illustrer la complexité des rapports entre la loi et la religion dans le domaine du service public.

L'administration des établissements d'enseignement supérieur et des universités affiliés à des Églises a été profondément affectée par l'existence des financements gouvernementaux ; celle des écoles secondaires et élémentaires paroissiales, également, même si c'est dans une moindre mesure. Le coût de la dépendance envers l'État a parfois eu pour résultat la perte d'identité religieuse de certaines Églises. Les conditions requises pour un financement ainsi que le contrôle ultérieur des actions entreprises avec les fonds alloués sont en effet souvent plus rigoureux que les demandes de permis et d'accréditation elles-mêmes.

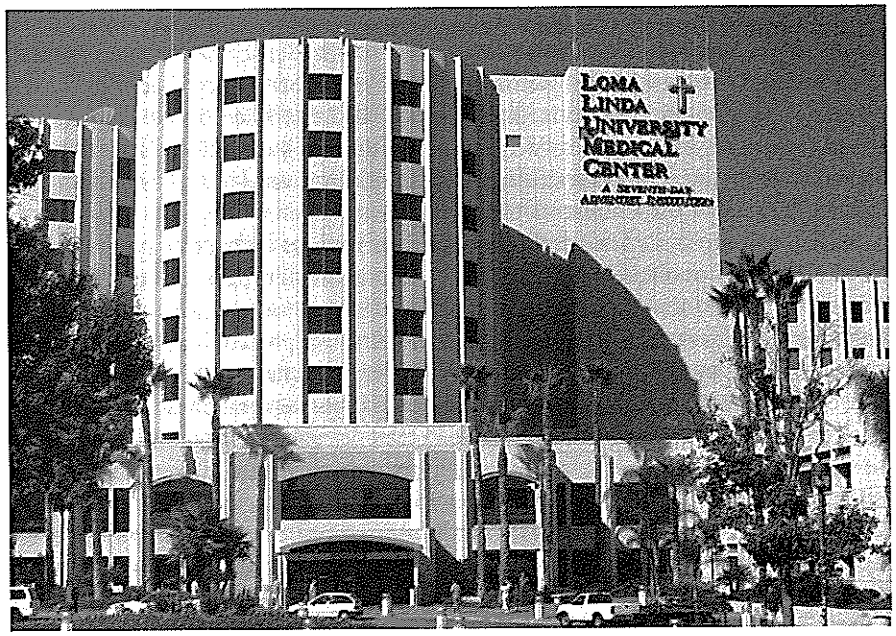
Nous en trouvons un bon exemple dans l'affaire *Tilton c. Richardson* (1971) portée devant la Cour suprême[9]. Pour faire face à une forte demande nationale émanant des facultés et des universités qui réclamaient l'extension de leurs installations afin

9 403 US 672 (1971).

d'accueillir de plus en plus d'étudiants désireux d'avoir accès à une éducation supérieure, le Congrès a voté, en 1963, le premier programme majeur d'aide fédérale. Des subventions ont ainsi été distribuées dans le but de construire et de moderniser les équipements dans des facultés et des universités publiques et privées. Les établissements d'enseignement supérieur et les universités, qui avaient auparavant été inclus dans le *GI Bill* sans que des questions légales aient été soulevées, s'attendaient à être également intégrés dans ce programme fédéral régulier. Le titre premier de la Loi sur les établissements d'enseignement supérieur de 1963 prévoyait des subventions pour des constructions et garantissait des prêts à long terme et à faibles intérêts pour des bâtiments et des équipements utilisés exclusivement dans des programmes d'éducation laïques, et non pour des enseignements religieux, des services de culte ou des cours dispensés dans des départements ou écoles de théologie. Quatre petits établissements d'enseignement supérieur catholiques du Connecticut ont reçu des fonds en vertu de cette loi. Deux d'entre eux ont utilisé l'argent pour construire des bibliothèques – et un laboratoire scientifique, pour l'un d'eux –, un autre a aménagé un laboratoire de langues, et le dernier a fait construire un bâtiment destiné à la musique et au théâtre. Un groupe de contribuables s'est coalisé pour intenter un procès auprès de la Cour fédérale afin de faire invalider ces dotations qu'ils considéraient comme une violation de l'*Establishment Clause* du Premier amendement.

La Cour suprême des États-Unis a voté par cinq voix contre quatre, et après un débat acharné, la constitutionnalité du programme de financement fédéral, mais en y apportant une réserve essentielle. Après avoir établi l'intention du Congrès d'inclure dans la Loi de 1963 tous les établissements d'enseignement supérieur et toutes les universités sans tenir compte de leur affiliation ou non à une religion spécifique, elle a confirmé que l'utilisation des installations financées par l'État fédéral était en accord avec les conditions incluses dans ladite loi. Il n'y avait pas eu de services religieux ou de services de culte, on n'y trouvait pas de symboles ou d'ornements religieux à l'intérieur ni à l'extérieur des bâtiments, et ces derniers n'avaient été utilisés que pour des activités non religieuses. Sans tenir compte de ce respect des conditions, les requérants ont insisté sur le fait que la loi elle-même était inconstitutionnelle dans la mesure où des fonds publics avaient été versés, directement ou indirectement, à des institutions affiliées à une religion. La Cour suprême a émis une opinion différente. Elle a fait valoir la distinction qu'il y a entre l'enseignement supérieur et les écoles élémentaires ou secondaires, pour lesquelles l'interdiction de recevoir un financement quelconque est absolue[10]. Elle a aussi expliqué que la religion ne s'infiltre pas dans l'éducation laïque dispensée dans les établissements

10 *Tilton* a été publié en même temps que *Lemon c. Kurtzman*, 403 US 602 (1971) (interdisant des suppléments pour les professeurs enseignant dans des écoles primaires et des lycées paroissiaux).



Loma Linda University Medical Center, en Californie, est l'une des institutions les plus remarquables d'enseignement médical gérées par l'Église adventiste du septième jour.

Photo : Karel Nowak

d'enseignement supérieur et les universités rattachées à une Église au point que leurs fonctions religieuses et profanes soient inséparables : ce qui caractérisait ces écoles, c'était la liberté intellectuelle plutôt que l'endoctrinement religieux. En outre, les quatre institutions incriminées souscrivaient à la « Déclaration des principes sur la liberté et la titularisation académique » approuvée par l'Association américaine des professeurs d'université et l'Association des établissements d'enseignement supérieur américains. Aucune d'entre elles n'imposait des restrictions d'ordre religieux pour les inscriptions, aucune n'exigeait la présence des étudiants lors des activités religieuses, aucune ne les forçait à obéir aux doctrines ou aux dogmes de la foi, et aucune ne leur imposait d'étudier la théologie et de la doctrine ou ne s'efforçait de propager une religion particulière. La seule section de la loi que la Cour suprême a trouvée inconstitutionnelle a été celle concernant la limite de vingt ans inscrite dans les conditions et après laquelle ces installations auraient pu être utilisées dans un but religieux. La Cour a donc supprimé cette limitation. L'affaire *Tilton c. Richardson* a vite été diffusée par les médias. Les conclusions de la Cour

suprême sur les faits et sur un plan plus général ont été présentées sous la forme d'une liste de conditions auxquelles les établissements d'enseignement supérieur et les universités à orientation religieuse pouvaient se conformer pour avoir droit à des subventions fédérales. Dans les facultés et les universités affiliées à une religion, tous les symboles religieux ont alors disparu des bâtiments subventionnés. La foi et la piété ont perdu leur place prépondérante pour se retrouver dans les listes des cours facultatifs du département des « études religieuses »[11].

Bien qu'occupée, à partir de 1949, à éliminer tous les vestiges de symboles religieux des écoles publiques élémentaires et secondaires du pays, la Cour suprême a aussi trouvé le temps de repérer et de condamner toute trace notable d'aide publique dans les écoles paroissiales[12]. A cet effet, elle a procédé à une enquête minutieuse sur les systèmes, les administrateurs, les enseignants et les livres de classe des écoles paroissiales. Cette enquête a ciblé tour à tour les remboursements de frais auxiliaires d'éducation versés de la part de l'État à des parents, certains suppléments de salaire accordés à des enseignants, des livres de classe loués, d'éventuels services à l'étudiant, ou encore l'utilisation du matériel d'enseignement[13].

Quelques-unes des décisions de la Cour suprême ont eu des conséquences sérieuses. L'affaire *Aguilar c. Felton* (1985)[14] en est un bon exemple. Pendant douze ans, le secteur scolaire de New York avait géré avec succès, dans les locaux

11 Dans l'affaire *Hunt c. McNair*, 413 US 734 (1973), la Cour a approuvé la création par la Caroline du Sud d'une agence fournissant des bons dont les recettes seraient utilisées par des établissements d'enseignement supérieur subventionnés. Dans l'affaire *Roemer c. la Commission des travaux publics du Maryland*, 426 US 736 (1976), la Cour a sanctionné des subventions annuelles sans aucune restriction aux établissements d'enseignement supérieur privés, établissements religieux inclus, à la seule condition qu'aucun fonds ne soit utilisé pour des « besoins sectaires » et que cela soit vérifié annuellement par affidavit.

12 Voir l'affaire *Conseil scolaire c. Allen*, 392 US 256 (1968) (prêts pour l'achat de livres de classe laïques : accordés) ; *Lemon c. Kurtzman*, 403 US 602 (1971) (suppléments de salaire de l'État pour les enseignants des écoles paroissiales : non accordés) ; *la Commission pour l'éducation publique et la liberté religieuse c. Nyquist*, 413 US 756 (1973) (remboursement des dépenses occasionnées par les examens d'État : non accordé) ; *Meek c. Pittenger*, 421 US 349 (1975) (location de livres de classe : confirmée ; aide auxiliaire : supprimée) ; *Wolman c. Walter*, 433 US 229 (1977) (listes des aides à l'instruction : celles qui sont autorisées et celles qui ne le sont pas) ; *la Commission pour l'éducation publique et la liberté religieuse c. Regan*, 444 US 646 (1980) (coûts pour la correction d'examens d'État : non remboursés).

13 Seule la déduction fiscale des dépenses éducatives accordée aux parents utilisant les services d'écoles publiques ou privées a survécu ; voir *Mueller c. Allen*, 463 US 388 (1983).

14 473 US 402 (1985).

de certaines écoles paroissiales, des programmes de rattrapage financés par l'État fédéral, jusqu'au jour où il a été arrêté dans sa lancée par un procès entamé par des contribuables. Le titre premier de la Loi de 1965 sur les écoles élémentaires et secondaires permettait au secrétaire à l'Éducation de distribuer des aides financières à des secteurs scolaires locaux afin de subvenir aux besoins éducatifs d'enfants provenant de familles à faible revenu. Les subventions fédérales étaient utilisées pour payer des enseignants afin qu'ils assurent le bon fonctionnement des programmes approuvés par les organismes d'éducation locaux et de l'État dans des écoles publiques et privées. Les sujets traités dans tous les cours étaient entièrement laïques. Pourtant, la Cour suprême a soutenu que l'*Establishment Clause* constituait une « barrière insurmontable » lorsque des fonds fédéraux étaient utilisés pour payer des enseignants, ou d'autres professionnels de l'éducation publique, travaillant dans des écoles à orientation religieuse et dispensant une instruction, de rattrapage ou non. Les instructions, soigneusement mises par écrit par l'État de New York afin d'assurer la neutralité, de séparer le personnel religieux de celui de l'État, et de débarrasser les salles de classe de tous symboles religieux, n'ont pas été suffisantes pour sauver le programme. La Cour suprême a basé sa décision sur deux considérations : (1) associer le conseil scolaire avec les administrateurs d'écoles paroissiales pour régler les questions de logistique et organiser les emplois du temps nécessiterait une surveillance, ce qui pouvait entraîner une interpénétration excessive entre l'État et la religion ; et (2) des élèves influençables risquaient de se méprendre sur la présence d'employés laïques dans ces écoles, qui pourrait, à leurs yeux, constituer une validation de la religion en question. Il ressortait du verdict de la Cour suprême que l'aide serait apportée dans un « cadre clairement sectaire ». Ainsi, rien n'a pu sauver le programme de ces peurs excessives et tenaces de collaboration tant qu'il était tenu dans des locaux d'écoles paroissiales – et même après les heures d'école régulières. *Aguilar* a généré une nouvelle bureaucratie et une industrie de plusieurs millions de dollars en accordant aux secteurs scolaires publiques le système de location-vente de salles de classe mobiles pour permettre le bon déroulement des programmes du titre premier, juste en dehors des lignes de propriété des écoles.

Dix ans plus tard, dans l'affaire *Agostini c. Felton* (1997)[15], la Cour suprême a donné tort à *Aguilar* et a révoqué la directive contenue dans l'instruction du titre premier de la loi, qui s'opposait à ce que les programmes se tiennent « sur les lieux ». Elle n'a en rien fait modifier le programme lui-même ; seuls les locaux où les cours se tenaient ont changé. Elle a également abandonné la supposition que toute aide accordée à une école paroissiale est une aide accordée à une religion, et elle est sortie de la suspicion qui lui faisait croire que les écoles religieuses sont à tel point « sectaires » qu'elles sont incapables d'enseigner des sujets laïques dans une perspective neutre.

15 521 US 203 (1997).

En ce qui concerne la présence de fonctionnaires dans des locaux d'écoles paroissiales – l'une des préoccupations majeures dans les affaires précédentes – la Cour suprême a pris un peu de recul et a fini par l'approuver dans les lieux où elle est nécessaire pour le bien des étudiants en difficulté. Dans le dossier *Zobrest c. le secteur scolaire de Catalina Foothills* (1993), elle a confirmé la rémunération d'un interprète en langue des signes – en vertu de la Loi fédérale sur l'invalidité – pour accompagner un étudiant sourd dans un lycée catholique[16]. Elle a ratifié l'aide accordée et l'a incluse dans un texte de loi général instaurant « des allocations attribuées de façon neutre » à des étudiants fréquentant des écoles publiques, privées ou religieuses et qui permettent aux familles de choisir l'école où envoyer leur enfant. La présence de l'interprète dans l'école était en l'occurrence justifiée par une décision parentale et non par une subvention directe du gouvernement[17]. L'interprète n'était qu'un canal par lequel le message religieux était enseigné, et non son porte-parole.

A la suite de l'affaire *Agostini*, et s'appuyant sur son autorité, la Cour suprême, dans l'affaire *Mitchell c. Helms* (2000)[18], a garanti à des écoles paroissiales un programme de prêt « de matériel éducatif et d'instruction, de services de bibliothèque, de fournitures, d'outils d'évaluation, de références, de logiciels et d'équipements informatiques, ainsi que d'autre matériel scolaire » financés par le gouvernement fédéral. Dans l'affaire *Zelman c. Simmons Harris* (2002)[19], elle est allée jusqu'à soutenir un système de bons financés par l'État destiné à permettre à des parents d'enfants fréquentant une école publique en difficulté d'envoyer leurs enfants dans d'autres écoles, publiques ou privées – dont plusieurs écoles chrétiennes. La Cour suprême a estimé que le système de bons n'avait pas pour « but » ou pour « effet » de faire valoir ou d'entraver une religion, mais qu'il s'agissait d'un programme d'aide neutre, appliqué uniquement en fonction du choix personnel des parents. Elle n'a pas considéré les risques de « division » et de « désaccords religieux » comme un facteur distinct dans l'analyse de l'*Establishment Clause*[20].

16 509 US 1 (1993).

17 Dans *Witters c. le département des Services pour les aveugles de Washington*, 474 US 481 (1986), la Cour a maintenu une subvention accordée dans le cadre du programme de réhabilitation vocationnelle pour aveugles à un étudiant aveugle poursuivant des études de pasteur dans une faculté chrétienne, alors que celle-ci lui avait été refusée pour la raison qu'il ne s'agissait pas d'une aide à la personne. La Cour suprême a confirmé que la subvention était une aide à la personne et non une aide directe à l'école en dépit du programme de subventions dont celle-ci bénéficiait.

18 530 US 793 (2000).

19 536 US 639 (2002).

20 Depuis *Zelman*, la Cour suprême de Floride a refusé de reconnaître la constitutionnalité des bons scolaires utilisés pour payer les frais de scolarité dans les écoles paroissiales : voir *Bush c. Holmes*, 919 So. 2d 392 (Fla. 2006).

Les règles d'embauche des Églises et des organisations religieuses. De 1979 à 1986, la Cour suprême a pris des décisions dans quatre affaires impliquant spécifiquement des organisations religieuses et des employeurs religieux. Les cours inférieures se sont appuyées sur ces cas et y ont ajouté des règles provenant de décisions prises à l'occasion de différends internes à l'Église, et cela dans le but de bien faire ressortir l'idée selon laquelle les droits qu'ont les Églises de gérer elles-mêmes leurs recrutements sont « l'âme » de leurs missions. Dans ces dossiers, les juridictions civiles se sont donc rangées à leur jugement. Les études que nous ferons dans les pages suivantes sont introduites par un bref compte-rendu des cas dont la Cour suprême a été saisie et qui ont un rapport avec les récentes questions soulevées dans le domaine des lois sur l'embauche au sein des organisations religieuses.

Dans l'affaire *National Labor Relations Board c. The Catholic Bishop of Chicago c.* (1979)[21], le *National Labor Relations Board*, [syndicat accrédité pour la défense du personnel laïque dans les écoles confessionnelles, NDLT] avait obtenu la compétence de membres laïques du corps enseignant dans plusieurs écoles paroissiales et avait confirmé les élections préparatoires aux négociations syndicales obligatoires. Plusieurs lycées avaient contesté la juridiction de la commission, en vertu du Premier amendement. En raison du rôle particulier des enseignants – à savoir : remplir la mission religieuse des écoles – dans les écoles paroissiales, mais aussi en raison de l'interpénétration possible – et inacceptable – du civil et du religieux dans le jugement des « pratiques de travail injustes » par l'administration des écoles, la Cour a affirmé que la commission manquait de compétence, en l'absence d'une claire déclaration du Congrès affirmant le contraire.

Le litige *États-Unis c. Lee* (1992) impliquait, lui, un employeur qui refusait de retenir et de verser les cotisations de la Sécurité sociale pour ses employés par objection de conscience envers le programme national d'aide sociale. La Cour suprême a statué que l'intérêt national en rapport à l'intégrité du système de Sécurité sociale, dans lequel un grand nombre de travailleurs sont enregistrés et auquel ils contribuent, prévalait sur les objections religieuses de l'employeur[22].

Dans le dossier *Fondation Tony et Susan Alamo c. le Secrétaire du travail* (1985), une fondation religieuse avait été accusée d'enfreindre la « Loi sur les normes du travail équitable » en ce qui concerne les salaires, les heures de travail et les instructions pour l'établissement des rapports de travail, dans leur gestion de petites affaires qui profitaient des services gratuits de ses membres. Même si la Fondation a cherché à prouver la mission et la nature religieuse de l'ensemble de son programme de réhabilitation pour les drogués et les alcooliques, la Cour suprême n'a pas accordé

21 440 US 490 (1979). Compte rendu du jugement disponible en anglais à l'adresse suivante : http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=440&invol=490.

22 455 US 252 (1982).

de dérogation religieuse et a, au contraire, conclu que les activités profanes étaient, en fait, une part prédominante du travail de la fondation[23].

Dans l'affaire *Corporation de l'évêque à la tête de l'Église de Jésus-Christ des saints des derniers jours c. Amos* (1987)[24], la Cour suprême a, par contre, fait respecter une dérogation fédérale permettant aux organisations religieuses d'appliquer la discrimination religieuse à l'embauche dans tous les domaines de leurs activités (religieuses ou non). Dans ce cas particulier, un ouvrier spécialisé dans les services de maintenance d'un centre de loisirs affilié à une Église a été licencié parce qu'il ne respectait pas ses obligations religieuses. La Cour suprême a argué que, sans la dérogation permettant aux employeurs d'une organisation religieuse de discriminer sur la base de la religion, ce serait une « lourde tâche que d'exiger d'une organisation religieuse, sous peine d'importantes conséquences, qu'elle prévoie correctement lesquelles de ses activités une cour laïque risquait de considérer comme profanes ».

En se basant sur les cas évoqués ci-dessus et réglés devant la Cour suprême, la cour d'appel des États-Unis pour le cinquième circuit a mis en place un système connu sous le nom de « dérogation ministérielle » dans le cadre des lois contre la discrimination. Dans l'affaire *McClure c. l'Armée du salut* (1972)[25], une ministre du culte consacrée a entamé une procédure contre son Église pour licenciement abusif et pratiques d'embauche discriminatoire fondée sur le sexe. Le cinquième circuit a déclaré qu'en ce qui concerne les ministres du culte, les cours n'ont aucune juridiction et ne peuvent s'appuyer sur aucun texte de lois se rapportant à la discrimination[26]. Aujourd'hui, les cours fédérales et la majorité des cours étatiques sont d'accord pour faire respecter la « dérogation ministérielle ». Celle-ci, en effet, est allée au-delà de la catégorie des ministres du culte consacrés pour étendre son champ d'application aux professeurs de théologie, aux enseignants et aux directeurs d'écoles paroissiales, aux contrôleurs des aliments kasher et aux directeurs de chorales. Les décisions prises dans toutes ces affaires ont forcément poussé les cours à examiner les régimes des organisations d'Église et à faire, dans le cadre de ces régimes, la distinction entre les emplois qui sont, par nature, religieux et ceux qui sont laïques.

23 471 US 290 (1985). Voir aussi l'affaire des *Ministères Jimmy Swaggart c. la Commission d'égalisation de la Californie* 493 US 378 (1990), soutenant l'idée que lorsqu'un évangéliste (un contribuable) choisit de s'engager dans des activités commerciales (vendre des livres et des souvenirs), celles-ci devraient être considérées imposables.

24 483 US 327 (1987).

25 460 F. 2d 553 (5e Cir. 1972).

26 Voir aussi l'affaire *Raybum c. la Conférence générale des adventistes du septième jour*, 772 F. 2d 1164 (4e Cir. 1985) (revendication à la suite d'une discrimination fondée sur le sexe rejetée dans un cas de licenciement ministériel).

La responsabilité civile. Les Églises et les organisations religieuses peuvent être sanctionnées par l'État pour des délits commis même par un membre ou par des agents représentatifs, à l'insu ou sans le consentement de ses membres. Le Premier amendement ne contient aucune défense contre des accusations criminelles. Voilà la signification de la dichotomie conviction/comportement dans la Clause sur le libre exercice contenue dans le Premier amendement déclarée par la Cour suprême des États-Unis dans la célèbre affaire de *Reynolds c. les États-Unis* de 1879 aux prises avec une affaire criminelle concernant la polygamie[27].

La responsabilité d'une société, quand il ne s'agit pas de délit mais de l'indemnisation de dommages causés par des actes intentionnels ou dus à une négligence et qui sont reconnus par la loi et attribués à l'entité elle-même, est un problème complexe d'un tout autre genre. Les affaires civiles de ce genre envahissent régulièrement les registres des cours. Elles concernent ce qui, en droit, est connu sous le nom de « responsabilité ascendante ». Chaque cas est réglé sur la base non seulement de la faute et/ou de la causation, mais aussi du régime de l'institution chargée du paiement. Qui était en faute ? Quel était le rôle ou la position hiérarchique de cette personne dans l'organisation ? Quels étaient les comportements appropriés et règlementaires et dans quelles circonstances l'infraction s'est-elle produite ? Quelle indemnisation peut-on être en droit de réclamer, au regard des ressources de l'organisation ? Quels sont les termes du titre ou les restrictions énoncées dans la couverture de l'assurance ? Pour répondre à ce type de questions, les cours, les avocats, les comptables, les experts judiciaires, les assureurs et les plaignants doivent connaître la loi ecclésiale ainsi que les statuts de la société en s'assurant que le personnel administrant l'organisation religieuse ne soit pas tenu pour responsable, qu'il s'agisse, devant la Cour, d'un lieu de culte, d'une école, d'un hospice, d'un centre d'accueil ou d'un lieu de travail. Dans les cas de délits, de faillites, de revendications, par les créditeurs, d'indemnisations réclamées pour des blessures personnelles, l'État examine scrupuleusement la structure de l'organisation religieuse concernée pour résoudre ces types de problème.

Par exemple, dans quelles circonstances un acte ou une omission d'un individu peut rendre une Église entière ou une école affiliée à une organisation religieuse responsable du dédommagement ou de l'indemnisation à verser ? En fait, la jurisprudence examine le *rôle* de la partie responsable, c'est-à-dire qu'elle regarde si l'individu est un responsable, un directeur, un employé de l'Église ou un simple volontaire. La loi détermine également si l'acte ou l'omission s'est produit dans le cadre d'une activité *propre* ou *profitable* à l'organisation ou sous son *contrôle* officiel.

27 *Reynolds c. les États-Unis*, 98 US 145, 164 (1879) : « Le Congrès était privé de tout pouvoir législatif sur de simples opinions, mais il était libre de s'attaquer à des comportements qui étaient en violation avec les devoirs sociaux ou qui dérangeaient l'ordre établi. »

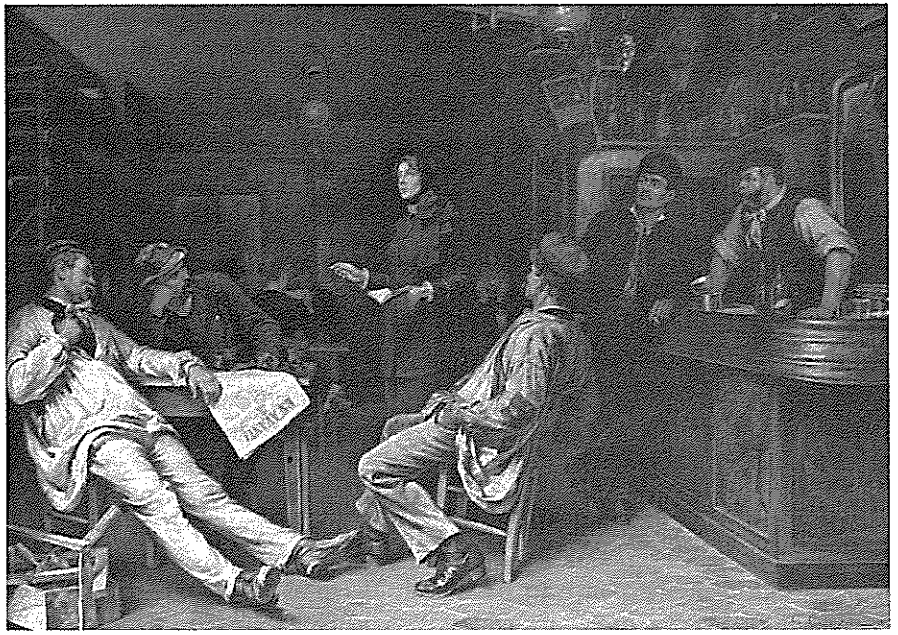
Finalement, la jurisprudence vérifie qu'il y a un aspect légal dans *ce qui est attendu* des personnes ou entités en lien avec l'Église et l'institution religieuse. Pour rendre son verdict final, les cours doivent faire des comparaisons et des analogies. Les juges et les jurés percevront les organisations et les activités religieuses au travers de ce que leurs équivalents laïques reflèteront. Plus elles leur ressembleront, plus les cours seront assurées que les décisions judiciaires prises dans les affaires les concernant reposeront sur des bases neutres ou non religieuses. Deux cas illustreront le rôle central du régime et de la gouvernance ecclésiale dans la résolution des procès en responsabilité civile intentés contre des Églises et des organisations religieuses.

La première affaire, *Barr c. l'Eglise méthodiste unie* (1979)[28], est un exemple de jugement classique. Elle se situe en Californie et implique un centre pour personnes âgées en faillite et 1 900 requérants qui cherchent à récupérer l'argent qu'ils avaient investi dans des contrats d'épargne retraite. La résidence elle-même était constituée en société et administrée séparément de l'Église méthodiste unie, bien qu'elle en porte le nom et que, d'après ses brochures, elle en suive l'ordre de mission en prenant soin des besoins physiques et spirituels de ses pensionnaires. Les requérants déçus ont insisté auprès de la Cour de Californie sur le fait qu'il fallait prendre en considération le régime et la gouvernance de l'Église nationale, cette dernière n'étant pas une société séparée mais plutôt, selon la loi californienne, une association organisée en société. Or, selon la loi de l'État de Californie, une association d'affaires organisée en société pouvait être tenue pour responsable des devoirs et des dettes de ses membres. La Cour de l'État a estimé la règle applicable, même si l'Église méthodiste unie n'avait jamais reçu un centime de l'argent des requérants. De plus, en faisant référence au nom de l'établissement et aux brochures, la Cour a considéré que les personnes qui avaient investi dans les contrats d'épargne retraite pouvaient exiger que ces contrats soient garantis par l'Église méthodiste unie elle-même. En conclusion, la Cour a demandé à l'Église méthodiste unie nationale de rembourser 21 millions de dollars aux détenteurs de contrat. Malgré les efforts déployés par l'administration de la résidence pour suivre la loi de l'État sur les sociétés à but non lucratif afin de protéger son indépendance d'entreprise, la Cour a utilisé le *Livre de Discipline* de l'Église méthodiste pour imposer, sur l'Église nationale, les idées de gouvernance qui s'y trouvent. La Cour a considéré l'Église méthodiste unie comme une société commerciale.

La deuxième affaire, *John Does 1-9 c. Compcare, Inc.* (1988)[29], fait partie de la multitude de procès relatifs à la responsabilité en cas de négligence de surveillance. Ces problèmes prennent au piège les diocèses catholiques à qui on demande

28 90 Cal. App. 3d 259 (1979), cert. den., 444 US 973 (1979).

29 763 P. 2d 1237 (Wash. 1988).



« L'Armée du Salut » : peinture de Gustaf Cederström, 1886, Musée d'Art de Gothenburg.
Photo : Wikimedia Commons

d'indemniser des victimes d'abus perpétrés par des ecclésiastiques. Dans ce cas particulier, le prêtre en infraction avait été recruté par le diocèse catholique de Lafayette, en Louisiane. Son évêque, en toute bonne foi, faisait tout son possible pour protéger d'éventuelles victimes et aider, en même temps, le prêtre selon les termes du droit canon. Il l'avait donc mis en congé pour suivre une thérapie, l'avait envoyé à Spokane (dans l'État de Washington), avait payé ses frais de thérapie et l'avait confié au centre de soins habilité de l'endroit. A l'issue du traitement, le centre de soins avait informé l'évêque que le prêtre en question ne devrait se voir assigner aucune responsabilité auprès de jeunes garçons. Par la suite, le prêtre avait, de lui-même, obtenu une place de conseiller dans un centre de réhabilitation pour alcooliques de Spokane. Plusieurs mois plus tard, ce centre l'avait licencié en raison de plaintes pour abus sexuels portées par d'anciens patients. Dans le procès intenté par les victimes du diocèse catholique de Lafayette et celles du centre de Spokane, la Cour a appliqué le droit canon de l'Église catholique et a conclu que le diocèse où le prêtre avait été recruté avait la responsabilité de le surveiller au cours de toutes les phases de sa vie, en dépit de sa suspension et du fait qu'il n'était plus employé par le

diocèse. On a reproché à l'évêque de Lafayette, qui avait connaissance des tendances du prêtre, d'avoir négligé sa supervision. En fait, le droit canon n'inclut pas un tel contrôle et il n'y a pas non plus, dans les règles de l'Église, une base quelconque sur laquelle le jugement pourrait s'appuyer pour attribuer à l'évêque la responsabilité de torts éventuels. On a alors adopté une norme élevée envers l'Église ; elle aurait été inférieure si le coupable avait été un enseignant dans une école publique de Louisiane qui aurait déménagé dans l'État de Washington et changé de travail.

Conclusion

Les Églises et autres organisations religieuses sont privilégiées par la législation étatique, non en raison des œuvres de bienfaisance qu'elles accomplissent, de l'aide publique sociale qu'elles fournissent, de l'art et de l'éducation qu'elles inspirent et garantissent – activités qui, autrement, représenteraient une lourde tâche pour le gouvernement si elles devaient reposer uniquement sur lui, mais en raison de la nature de la religion et de la manière dont elle a été comprise par les auteurs de la Constitution des États-Unis. La religion peut être comprise comme étant le service de Dieu ; dans ce sens, c'est un devoir transcendant placé sur la conscience personnelle, supérieur à celui dû au gouvernement et antérieur à sa création. Le libre exercice d'une religion n'est pas un droit créé par l'État que celui-ci peut refuser ou subdiviser comme s'il s'agissait d'un bien lui appartenant. C'est le droit humain inaliénable des personnes et des communautés pour la protection duquel les citoyens ont, à l'origine, consenti à former un gouvernement.

Le Premier amendement protège la religion dans ce pays car elle, et elle seule, a un rôle d'un niveau supérieur dans la vie de la personne et de la société. Les clauses concernant la religion dans les deux déclarations constitutionnelles du Premier amendement ne sont pas considérées comme des organes gouvernementaux de l'État ou utilisés pour obtenir le respect de l'ordre, pour motiver d'importants sacrifices en temps de difficulté ou encore pour encourager les formes les plus pures du patriotisme. La religion est une valeur suprême en elle-même, elle n'est pas hybride. Ce n'est pas parce que la religion ou la spiritualité personnelle est sans importance qu'elle est séparée de l'autorité du Congrès ou des législatures d'État. C'est plutôt le contraire qui est vrai : c'est parce que la Constitution reconnaît l'importance suprême de la religion que l'État est singulièrement limité dans sa capacité à appréhender ou à contrôler son expression.

Le Premier amendement protège la liberté religieuse des individus comme des groupes. Il refuse au Congrès toute autorité législative. Il lui refuse, non seulement le pouvoir d'imposer une religion officielle, mais aussi celui de réprimer les rivalités entre dénominations ou même celui de décourager la concurrence et les discours politiques. *L'Establishment clause* est utilisée pour éviter que le Congrès ne parraine, soutienne, finance ou promeuve une Église ou plusieurs Églises, ou encore qu'il

participe activement à des activités religieuses en général. La beauté et la grandeur de l'expérience américaine en ce qui concerne la liberté religieuse tiennent de ce que la Constitution place la religion au-dessus de l'autorité législative en la séparant, autant qu'il est humainement possible, des batailles politiques ou du tumulte des litiges. La protection de la religion avait pour but, non de créer une société laïque dépouillée de sa vitalité mais, au contraire, de créer une société fortifiée par sa créativité et son appel à la conscience individuelle. La religion – non par ce qu'elle fait, mais par ce qu'elle est – engendre, motive et soutient des valeurs que l'État ne peut créer.

Cet article a donné un aperçu des résultats, suite aux efforts importants que les juristes ont fait, pour maintenir l'équilibre entre les besoins de la religion organisée et ceux de la société dans le système légal américain. Pendant presque deux cents ans, ils ont étudié attentivement le régime ecclésiastique des Églises. Les cours n'ont jamais ignoré l'administration, les fonctions, les missions, les rôles et les compétences des Églises chrétiennes, qu'elles ont souvent évalués en les comparant avec leurs équivalents civils. De ce passé juridique est né un lexique juridique particulier au contexte d'une ambigüité constitutionnelle : la notion de « constitution en société » elle-même et sa relation avec les notions typiquement américaines de « fédéralisme » et de « liberté ».

LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION DES COMMUNAUTÉS RELIGIEUSES

Johan D. van der Vyver*

Sunali Pillay était une jeune Sud-Africaine d'origine hindoue. Adolescente, elle a été acceptée dans le lycée de jeunes filles de Durban – l'une des écoles publiques les plus prestigieuses d'Afrique du Sud – où elle a reçu une excellente éducation. Ayant atteint une certaine maturité, elle s'est fait poser un piercing en or dans le nez, coutume hindoue indiquant qu'elle était à présent en âge de se marier. C'est ce qui a déclenché un conflit entre elle et l'administration de l'école. En effet, le code de conduite signé par ses parents pour qu'elle puisse s'inscrire interdisait tout bijou à l'exception de boucles d'oreilles, et encore selon des conditions très précises mentionnées dans ce règlement. La mère de Sunali a expliqué à la direction de l'école que sa fille ne portait pas son piercing nasal comme un accessoire de mode mais par respect pour une très ancienne tradition de la communauté hindoue. Les responsables de l'établissement ont refusé d'accorder à la jeune fille une dérogation au code vestimentaire. M^me^ Pillay a alors porté plainte pour discrimination devant la Cour d'égalité qui a donné raison à l'école[1], et l'affaire a finalement été déférée devant la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud. Celle-ci a conclu que le refus par l'administration de l'école d'exempter Sunali de la clause du code de conduite de l'école portant sur les bijoux constituait une discrimination abusive et de ce fait illégale[2].

Leyla Şahin était étudiante à l'université d'Istanbul, en Turquie. Cette jeune musulmane a été exclue des cours parce qu'elle portait un foulard islamique – qui est interdit dans toutes les universités et dans les bâtiments officiels du gouvernement par une loi basée sur le fait que la Turquie est un État laïque.

* Ce texte de Johan D. van der Vyver est partiellement tiré et adapté de *Leuven Lectures on Religious Institutions, Religious Communities and Rights*, Uitgeverij Peeters, Louvain, 2004. Il est repris ici avec la permission de l'auteur et de l'éditeur.

1 *Pillay c. MEC for Education, KwaZulu-Natal & Others*, 2006 (6) SA 363 (EqC) (Afrique du Sud).

2 *MEC for Education, KwaZulu-Natal & Others c. Pillay & Others*, 2008 (1) SA 474 (CC) (Afrique du Sud).

En 1998, Leyla a déposé une plainte en vertu de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*[3]. La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme – qui est la plus haute instance dans le système européen de protection des droits de l'homme – a statué en faveur de la Turquie. Elle a jugé que l'interdiction du port du foulard se fondait sur les principes constitutionnels de laïcité et d'égalité et par conséquent ne représentait pas une violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; il en allait de même de l'exclusion de l'étudiante pour avoir refusé de retirer son foulard. Par la suite, Leyla Şahin a quitté la Turquie et elle vit à présent à Vienne, en Autriche.

Pour rendre son jugement, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud s'est appuyée sur les clauses concernant la non-discrimination dans la Loi 4 de 2000 sur la promotion de l'égalité et de la prévention de discriminations injustes[4], et plus précisément sur l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion et la culture[5]. Cela pourrait s'expliquer par le fait que l'affaire est arrivée devant elle via la Cour d'égalité. Si le litige avait suivi une autre voie, la Cour constitutionnelle aurait probablement été contrainte de l'aborder du point de vue religieux, à savoir sous l'angle du droit de chacun à la « liberté de conscience, de religion, de pensée, de croyance et d'opinion[6] ». Tout en soulignant que l'interdiction faite à Sunali d'avoir un piercing au nez portait également atteinte à d'autres droits constitutionnels (outre celui de la dignité humaine), on peut en effet s'étonner que la Cour ait mentionné uniquement la liberté d'expression et pas la liberté religieuse[7]. Cette omission découle peut-être de son refus de statuer définitivement sur la question de savoir si le port du piercing nasal par les femmes hindoues était une question de religion ou simplement une coutume hindoue, donc une question de culture. En se référant à la discrimination fondée sur la religion et la culture, la Cour n'a

3 *Leyla Şahin c. Turquie* (Appl. No. 44774/98), CEDH, vol. 2005-XI 173, 11 octobre 2005. Interdiction faite à une étudiante de porter le foulard islamique à l'université : non-violation (Leyla Şahin c. Turquie). Voir aussi le jugement : http://www.pusc.it/can/p_martinagar/lrgiurisprinternaz/HUDOC/LeylaSahin/20051110SahinGrCh44774-98fr.htm.

4 La Loi 4 de 2000 sur la promotion de l'égalité et la prévention de discriminations injustes a été promulguée sous la section 9 (4) de la Constitution de la République d'Afrique du Sud, Loi 108, de 1996 [ci-après Const. Afr. du Sud] visant à interdire la discrimination injuste par des personnes ou des institutions autres que l'État.

5 MEC for Education, KwaZulu-Natal & Others, *supra* note 2, § 68, avec référence à la Loi sur la promotion de l'égalité et la prévention de discriminations injustes, art. 6.

6 Const. Afr. du Sud, *voir ci-dessus* note 5, § 15 (1).

7 MEC for Education, KwaZulu-Natal & Others, *voir ci-dessus* note 2, § 93.

pas eu à faire ce choix. L'affaire ressemblait ainsi à un simple cas relevant du droit à l'autodétermination des communautés culturelles, religieuses et linguistiques qui, selon la Constitution sud-africaine, implique le droit pour ces dernières « de jouir de leur culture, de pratiquer leur religion et de parler leur langue[8] ».

L'affaire Sunali Pillay est un exemple de l'interaction entre différents principes qui concernent particulièrement la religion : l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion ou la conviction, la liberté religieuse et le droit à l'autodétermination des communautés religieuses. Même si ces droits se recoupent en grande partie, leur application fait intervenir dans chaque cas des éléments tout à fait uniques. Par conséquent il faut nettement les dissocier.

L'affaire Leyla Şahin montre, de son côté, qu'il y a dans le monde des pays – et ils sont nombreux – qui, comme la Turquie, ne sont pas favorables au droit à l'autodétermination des communautés ethniques distinctes présentes à l'intérieur de leurs frontières. Leur a priori négatif se fonde soit sur un déni complet de la diversité ethnique, religieuse ou linguistique qui existe chez leurs propres citoyens et résidents, soit sur le refus de lui accorder de l'importance. À cet égard, d'autres États s'alignent sur la Turquie, parmi lesquels la France et la Grèce. Cette dernière se montre particulièrement peu accommodante envers le peuple macédonien originaire de Florina (au nord de la Grèce) qui revendique le droit d'avoir sa propre identité. En France, le président Jacques Chirac a ratifié le projet de loi du 15 mars 2004 – inséré dans le Code de l'éducation – qui, dorénavant, en application du principe de laïcité (séparation de l'Église et de l'État), interdit « le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse dans les écoles, les collèges et les lycées publics »[9]. On ne peut non plus passer sous silence le fait que quatre pays comptant une population autochtone considérable ont voté contre l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* du 13 septembre 2007 (ratifiée lors de la 107e séance plénière) : l'Australie, le Canada, la Nouvelle Zélande et les États-Unis d'Amérique. Ces États ont fondé leurs objections en partie sur le (projet de) droit à l'autodétermination accordé aux peuples autochtones[10].

8 Const. Afr. du Sud, *voir ci-dessus* note 5, § 15 (1).

9 Loi N° 2004-228 du 15 mars 2004, encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. Voir aussi Article L 141-5 – 1 du Code de l'éducation : « Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. »

10 Cf. S. James, Anaya, *International Human Rights and Indigenous Peoples*, Wolters Kluwer, Louvain, 2009, p. 71-75 (États-Unis), p. 83-84 (Australie), p. 84-86 (Canada), p. 86-87 (Nouvelle Zélande).

Le droit à l'autodétermination est devenu un principe essentiel dans la législation internationale. Il est mentionné dans la *Charte des Nations Unies* (art. 1(2), lire aussi art. 73) et figure en bonne place dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (art. 1) ainsi que dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (art. 1). Il fait en outre partie de la *Convention internationale des droits de l'enfant* (art. 30) et il est mis en évidence dans la *Déclaration* de 1960 *sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* (art. 2), comme dans la *Déclaration* de 1970 *relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États, conformément à la Charte des Nations Unies*. Au niveau régional, il est intégré – ce qui n'est pas peu – dans l'*Acte final* de la *Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*, signé à Helsinki en 1975 (paragraphe VIII).

Aspects historiques

Le concept d'autodétermination tire son origine du socialisme économique. En 1913, Joseph Staline a rédigé un opuscule détaillé intitulé *Le marxisme et la question nationale*, dans lequel il montre que la nature des communautés politiques à l'intérieur des structures économiques universelles et globales du communisme relève de l'autodétermination. En mars 1916, Vladimir Ilitch Lénine publie un exposé plus élaboré sur ce même sujet dans son œuvre majeure, *La révolution socialiste et le droit des nations à disposer d'elles-mêmes* – dont l'analyste Robert A. Friedlander dit qu'elle est la « première définition convaincante du principe d'autodétermination des peuples[11] ». Mais l'autodétermination des États-nations au sein d'un ordre économique mondial non négociable était loin d'avoir la place qu'elle occupe aujourd'hui.

C'est principalement au président américain Woodrow Wilson que l'on a attribué le mérite d'avoir permis au droit à l'autodétermination de prendre une place éminente dans le droit international. Son *Programme de quatorze points* du 8 janvier 1918 a été qualifié par Friedlander de « transformation de l'autodétermination en un droit universel[12] » – bien que le président Wilson n'ait jamais vraiment prononcé le mot « autodétermination ». L'un des quatorze points proposait un « arrangement librement débattu, dans un esprit large et absolument impartial, de toutes les revendications coloniales, basé sur une stricte observation du principe selon lequel, dans le règlement de toutes ces questions de souveraineté, les intérêts

11 Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995. p. 15

12 Robert Friedlander, « Self-Determination: A Legal-Political Inquiry » in *Detroit College of Law Review*, 1975, vol. 1, p. 71, 73.

des populations concernées doivent peser autant que les revendications équitables du gouvernement dont le titre est à définir[13]. » Cette déclaration est aujourd'hui considérée comme le fondement de la politique de la Société des Nations relative à la répartition future des États-nations appartenant aux empires vaincus et dissous pendant la Première Guerre mondiale[14]. Mais l'autodétermination ne devait encore pas en rester là.

Abstraction faite de la connotation qui lui a été donnée dans la pensée politique socialiste, le concept d'autodétermination a acquis avec le temps au moins *quatre significations distinctes*, chacune étant liée à la nature et au tempérament des populations qui ont revendiqué ce droit[15]. La première version, héritée de l'après-guerre 14-18, a désigné le droit à une éventuelle indépendance politique – dans les limites du système des mandats de la Société des Nations – pour les États-nations ayant fait partie des empires ottoman, allemand, russe et austro-hongrois. Dans ce contexte, l'autodétermination concernait les « communautés ethniques, nations ou nationalités essentiellement définies par la langue ou la culture[16] » et qualifiées de « peuples » – dans le sens de nations (à territoire défini).

La deuxième version, après la Seconde Guerre mondiale, a davantage insisté sur la nécessité de mettre rapidement fin aux situations coloniales[17], et là le droit

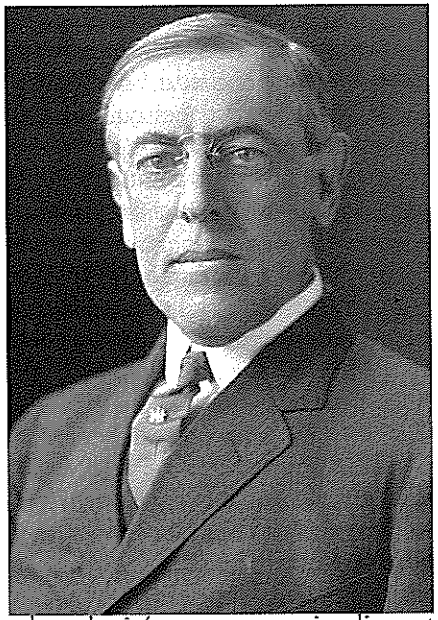
13 Discours du Président Woodrow Wilson du 8 janvier 1918 devant le Congrès des États-Unis. Point 5, in *Public Papers of Woodrow Wilson: War and Peace*, vol.1, R.S. Baker & W.E. Dodd, éds., Harper and Bros, New York et Londres, 1927, p. 155-59.

14 Vernon van Dyke, *Human Rights, the United States, and World Community*, Oxford University Press, New York, 1970, p. 86.

15 Cf. Johan D. van der Vyver, « Sovereignty and Human Rights in Constitutional and International Law », in *Emory International Law Review*, vol. 5, 1991, p. 321, 395-416 ; Johan D. van der Vyver, « Self-Determination and the Peoples of Quebec », in *J. Transnational Law & Policy*, vol. 10, 2000, p. 1, 14-19 ; Johan D. van der Vyver, « Self-Determination and the Right to Secession of Religious Minorities under International Law », in *Protecting the Human Rights of Religious Minorities in Eastern Europe*, Peter G. Dachin & Elizabeth A. Cole, éds., Columbia University Press, New York, 2002, p. 251, 258-61 ; J.D. van der Vyver, « Cultural Identity as a Constitutional Right in South Africa », *Stellenbosch Law Review*, vol. 14, 2003, p. 51.

16 N. Berman, « Sovereignty in Abeyance: Self-Determination and International Law », in *Wisconsin International Law Journal*, vol. 7, 1988, p. 51, 53-56, 58, 86-87.

17 Cour internationale de justice, Sahara occidental (Avis consultatif), vol. 1, 1975, p.31 (25 mai 1975) ; voir aussi : CIJ, Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Afrique du Sud-Est) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité (Avis consultatif), vol. 1, 1971, p. 16, 31 (21 juin 1971) (la Cour statue que le droit à l'autodétermination est applicable aux « territoires se trouvant sous domination coloniale » et qu'il « englobe tous les peuples et les territoires qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance »).



Woodrow Wilson (1856-1924), 28e président des États-Unis. Après la Première Guerre mondiale, ses efforts pour l'établissement de la paix lui ont valu le prix Nobel de la paix en 1919. Il propose et promeut la Ligue des Nations.

Photo : US Congress Library / Wikimedia Commons

à l'autodétermination s'est étendu aux peuples colonisés, son contenu impliquant également pour eux l'indépendance politique[18]. La *Déclaration du Millénaire* des Nations Unies a élargi ce principe pour inclure « le droit à l'autodétermination des peuples qui sont encore sous domination coloniale ou sous occupation étrangère[19] ».

La troisième version, pendant les années 60, a reconnu une autre catégorie de « peuples » bénéficiant d'un droit à l'autodétermination : ceux qui vivent sous un régime raciste. Cette fois, le concept impliquait avant tout que ces peuples pouvaient participer aux structures du gouvernement de leur pays. Le préfixe « auto » dans « autodétermination » ne désignait plus des parties de populations liées à un territoire au sein d'empires multinationaux ou de colonies, mais l'ensemble de la population d'un territoire où le système social, économique et constitutionnel

18 N. Berman, op. cit., p. 54 ; voir aussi : Cassese, op. cit., p. 76 ; van Dyke, op. cit., p. 87 ; R. Emerson, « Self-Determination », in *American Journal of International Law*, vol. 66, 1971, p. 459, 463 ; O. Schachter, « The United Nations and Internal Conflict », in *Law and Civil War in the Modern World*, J.N. Moore, éd., Johns Hopkins University Press, Baltimore MD, 1974, p. 401, 406-07 ; G. Tesfagiorgis, « Self-Determination: Its Evolution and Practice by the United Nations and its Application in the Case of Eritrea », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 6, 1987, p. 75, 78-80.

19 Déclaration du Millénaire des Nations Unies, Rés 55/2, § 4, Assemblée générale, 55e session, du 8 septembre 2000, UN Doc. A/RES/55/2, A/55/P.V. 8 (2000).

repose sur la discrimination raciale institutionnalisée.

Dans la quatrième version, enfin, la notion de droit à l'autodétermination selon le droit international actuel s'est élargie aux communautés nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques qui, au sein d'une société politique, jouissent de droits particuliers leur permettant de vivre selon les traditions et les coutumes de leur propre groupe. Le droit à l'autodétermination de ces « peuples » a été défini de façon contraignante dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* en 1966 :

> « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue[20] ».

La *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* de 1992 établit de façon similaire le droit pour les minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, « de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue, en privé et en public, librement et sans ingérence ni discrimination quelconque[21] ». Et c'est là qu'intervient la notion d'autodétermination pour les communautés religieuses.

Sphère de souveraineté et autodétermination

Le droit à l'autodétermination est fortement lié au principe de sphère de souveraineté mais il faut les différencier l'un de l'autre. Cette distinction est en rapport étroit avec la différence entre communauté religieuse et institution religieuse[22].

Une institution religieuse, telle que l'Église épiscopale, baptiste, catholique ou orthodoxe, constitue une entité de groupe avec une organisation ou une structure formelle. Elle a une identité distincte de celle de ses membres et le statut de « personne morale », avec ses propres structures internes, son organisation et ses activités. En

20 Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 27, A.G. Rés. 2200 (XXI) du 16 décembre 1966, http://www.hrea.org/erc/Library/hrdocs/un/iccpr/french.html; consulter aussi Felix Ermacora, The Protection of Minorities Before the United Nations, in *Recueil des Cours*, vol.1983-IV, Académie de Droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 246.

21 Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, art. 2.1, A.G. Rés. 47/135 du 18 décembre 1992, UN Doc. A/RES/47/135 (1992) : http://www2.ohchr.org/french/law/minorites.htm

22 Cf. van der Vyver, op. cit., p. 3-5.

tant que telle, elle peut posséder des biens, poursuivre en justice, être poursuivie, et exercer d'autres compétences dans le domaine juridique en son nom propre. À l'intérieur de sa sphère particulière, elle dispose de pouvoirs souverains, en vertu desquels elle peut conduire ses affaires internes sans aucune ingérence de l'extérieur (y compris de l'État). Mais depuis longtemps, une question très particulière fait débat : une institution religieuse peut-elle également être bénéficiaire des droits et libertés protégés par une charte des droits constitutionnelle ? La Constitution d'Afrique du Sud stipule expressément que les personnes morales, y compris les Églises et autres institutions religieuses, jouissent des droits protégés par sa Déclaration des droits [*Bill of Rights*, NDLT] « selon la nature du droit et la nature de la personne morale[23] ». Elle rend également cette Déclaration contraignante pour les personnes morales, y compris les Églises et autres institutions religieuses, « en tenant compte de la nature du droit et de la nature du devoir imposé par le droit ».

Le pouvoir que possède une institution religieuse de gérer ses affaires internes sans ingérence extérieure – y compris par le biais des lois ou des mesures administratives de l'État – est communément appelé *souveraineté de l'institution religieuse dans sa sphère domestique.* Cela fait également partie intégrante des dispositions constitutionnelles sud-africaines qui incluent le principe selon lequel, « dans les affaires ecclésiastiques, il est avantageux que les conflits, au fur et à mesure qu'ils surviennent, soient résolus, dans l'idéal, par des mécanismes internes[24] ».

Aux États-Unis, dans sa récente analyse de la jurisprudence du Premier amendement, Paul Horwitz est allé au-delà de la question des lois qui peuvent ou ne peuvent pas être promulguées par le Congrès, en raison des limites imposées par la Constitution, pour s'intéresser au rôle des institutions fonctionnant sous la protection de ce Premier amendement : les universités, la presse et les associations religieuses[25]. En se fondant sur la doctrine de la « sphère de souveraineté » du philosophe et homme politique néerlandais Abraham Kuyper, il a démontré de manière convaincante que ces « institutions du Premier amendement » devraient avoir le droit de fonctionner en complète autoréglementation et en dehors du contrôle de régimes juridiques externes.

On trouve dans les constitutions de nombreux pays des dispositions qui définissent la sphère ou le domaine de souveraineté des institutions religieuses.

23 Const. Afr. du Sud, supra note 5, § 8(4).

24 *Methodist Church of Southern Africa c. Mtongana*, 2008 (6) SA 69, § 10 (TkHC) (S. Afr.).

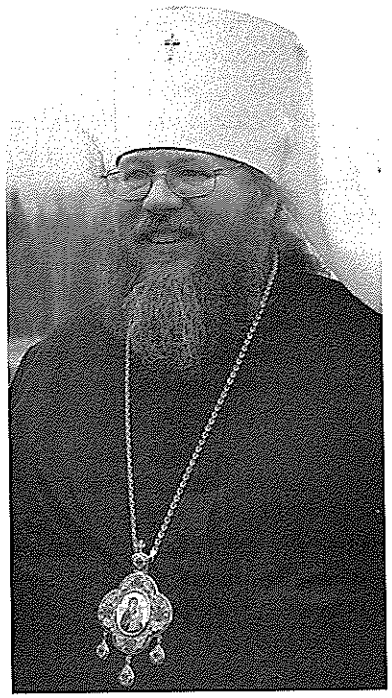
25 Cf. Paul Horwitz, « Universities as First Amendment Institutions: Some Easy Answers and Hard Questions », in *UCLA Law Review*, vol. 54, 2007, p. 1497 ; Paul Horwitz, « Churches as First Amendment Institutions: Of Sovereignty and Spheres », in *Harvard Civil. Rights and Civil Liberties Law Review*, vol. 35, 2009, p. 79.

La Constitution de Singapour borne la souveraineté interne des groupes religieux à la gestion de leurs propres affaires religieuses (art. 15.3) ; la Constitution roumaine permet aux groupements religieux de s'organiser selon leurs propres statuts mais dans les conditions fixées par la loi (art. 29.3). La Constitution italienne stipule dans son article 7 que « L'État et [seulement] l'Église catholique sont, chacun dans son domaine, indépendants et souverains ». La Constitution irlandaise déclare plus généreusement que chaque « confession religieuse a le droit de diriger ses propres affaires [...] » (art. 44.5). Dans sa *Charte des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, la République tchèque affirme que les « Églises et les sociétés religieuses gèrent leurs affaires ; elles mettent notamment en place leurs autorités, désignent les ecclésiastiques et fondent leurs ordres et autres institutions religieuses indépendamment des organes de l'État[a] » (art. 16.2). La Pologne définit les relations entre l'État et les Églises ainsi que les autres organisations religieuses en se fondant « sur le principe du respect de leur autonomie et de leur indépendance mutuelle dans leurs domaines respectifs, ainsi que sur le principe de la coopération pour le bien de l'homme et pour le bien commun[b] » (art. 25.3).

Aux États-Unis, l'affaire *Kedroff c. St. Nicholas Cathedral* (1952) a mis en évidence le droit constitutionnel à la liberté religieuse pour les Églises[26]. Il convient de replacer ce jugement dans son contexte historique. En 1925, l'État de New York a adopté une loi (la *Religious Corporation Law*) dans le but d'acquérir une cathédrale pour les offices de l'Église orthodoxe russe en Amérique du Nord, « conformément à la doctrine, à la discipline et au culte de la Sainte Église apostolique catholique de confession orientale, ainsi que l'enseignent les Saintes Écritures, la tradition, les sept conciles œcuméniques et les saints Pères de l'Église ». En 1945, à cause des forts sentiments antisoviétiques qui prévalaient à l'époque dans le pays, un article (5-C) a été ajouté à la *Religious Corporation Law* (suivi d'amendements explicatifs en 1948). Le but était de transférer le contrôle que le patriarcat central de Moscou exerçait sur les Églises orthodoxes russes de New York aux autorités de cette Église résidant en Amérique du Nord. À cet effet, l'archevêque orthodoxe de New York a été ensuite élu métropolite d'Amérique et du Canada par un sobor[c] des Églises américaines. Mais un différend a surgi sur la question de savoir s'il avait ou non, au titre de l'article 5-C, compétence pour occuper la propriété de l'Église à New York. Le jugement a été tranché en faveur du patriarcat de Moscou, le tribunal

26 *Kedroff c. St. Nicholas Cathedral*, 344 US 94, 1952 ; voir aussi John H. Garvey, « Churches and the Free Exercise of Religion », *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. 4, 1990, p. 567, 578-84, où l'auteur conclut, en faisant référence à l'affaire Kedroff (p. 584), que « les Églises en tant que groupes peuvent également revendiquer un droit au libre exercice de la religion ».

Jonah Paffhausen, né en 1959, archevêque de Washington, métropolite de toute l'Amérique et du Canada, est le primat de l'Église orthodoxe en Amérique. Il a été élu le 12 novembre 2008 et a installé son siège le 28 décembre 2008 à Washington D.C.
Photo : Massalim / Creative Commons



ayant considéré que l'article 5-C violait le droit constitutionnel « au libre exercice d'un droit ecclésiastique, le droit de l'Église à choisir sa hiérarchie[27] ». Le juge Reed, s'exprimant au nom de la majorité, a parlé d'un « esprit de liberté pour les organisations religieuses », qui prennent « le pouvoir de décider pour elles-mêmes, libres de toute ingérence de l'État dans les affaires de gestion de l'Église ainsi que dans les questions relatives à la foi et à la doctrine », « liberté qui inclut le droit de choisir le clergé de l'Église[28] ». Un juriste américain analysant l'affaire *Kedroff* a défini la substance des droits du groupe institutionnel dévolus à l'Église comme une question de souveraineté :

> « L'essentiel de la thèse pluraliste se fonde sur la conviction que le gouvernement doit reconnaître qu'il n'est pas le seul détenteur de la souveraineté et que des groupes privés au sein de la communauté ont

27 idem, p.119.

28 Id., p. 116.

> le droit de mener leur vie librement et d'exercer, dans leur domaine de compétence, une autorité si réelle que l'on puisse la qualifier d'autorité souveraine[29]. »

Quelle est alors la différence entre la souveraineté d'une institution religieuse sur sa sphère institutionnelle et le droit à l'autodétermination d'une communauté religieuse ?

Une communauté religieuse est composée de personnes partageant la même confession de foi. Le groupe n'est pas structuré ni organisé de façon formelle, mais ses membres sont liés par un engagement religieux commun ou une conviction religieuse commune. Dans l'affaire des communautés gréco-bulgares de 1930, la Cour permanente de justice internationale a défini comme suit la « conception générale et traditionnelle » d'une communauté, ce qu'on appellerait aujourd'hui un « peuple » :

> « La "communauté" apparaît comme une collectivité de personnes vivant dans un pays ou une localité donnée, ayant une race, une religion, une langue et des traditions qui leur sont propres, et unies par l'identité de cette race, de cette religion, de cette langue et de ces traditions dans un sentiment de solidarité, à l'effet de conserver leurs traditions, de maintenir leur culte, d'assurer l'instruction et l'éducation de leurs enfants conformément au génie de leur race et de s'assister mutuellement[30]. »

Le droit international qualifie de « peuples » les communautés ayant un droit à l'autodétermination au sens contemporain du terme. Mais pour Yoram Dinstein, la notion de peuple a deux composantes : un élément objectif, à savoir les circonstances factuelles dont dépend l'unité du groupe, et un élément subjectif, qui consiste en un certain état d'esprit – la conscience d'appartenir au groupe et peut-être la volonté d'y être associé[31]. Le droit à l'autodétermination d'un peuple, y compris d'une communauté religieuse, est donc un droit d'un caractère particulier :

29 Mark DeWolfe Howe, « Foreword: Political Theory and the Nature of Liberty », *Harvard Law Review, vol.* 67, n° 1, 1953, p. 91.

30 *Publications de la Cour permanente de justice internationale*, série B, n° 17, 31 juillet 1930, Recueil des avis consultatifs, « Question des communautés gréco-bulgares », société d'éditions A.W. Sijthoff, La Haye, 1930. http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_17/01_Communautes_greco-bulgares_Avis_consultatif.pdf p.21.

31 Yoram Dinstein, « Collective Human Rights of Peoples and Minorities », in *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, vol. 25, n° 1, 1976, p. 102, 103.



Buggy, transport traditionnel amish dans le comté de Lancaster, en Pennsylvanie, aux États-Unis.

Photo : Creative Commons

un *droit du groupe collectif*, à distinguer d'un *droit du groupe institutionnel.*

Un *droit du groupe collectif* est accordé aux individus appartenant à une certaine catégorie – les enfants, les femmes – ou à des communautés ethniques, religieuses et culturelles. Le droit pour « toute personne appartenant à une minorité nationale [...] à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, à la liberté d'expression et à la liberté de pensée, de conscience et de religion[32] » appartient donc à chaque membre du groupe et peut être exercé séparément ou avec un ou plusieurs autres membres du groupe. Un *droit du groupe institutionnel*, par contre, est conféré à une institution sociale en tant que telle et ne peut être exercé par cette entité collective que par le biais de ses organes représentatifs autorisés.

La communauté religieuse a un droit à l'autodétermination. Les membres de ce groupe peuvent professer et pratiquer leur religion sans que les pouvoirs publics imposent de limites abusives à ce droit. Un *droit du groupe collectif à l'autodétermination* pour les communautés religieuses a été reconnu aux États-Unis dans divers cas. Il a permis, par exemple, de justifier le versement d'allocations

32 Voir Conseil de l'Europe, *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, Titre II, Article 7, Strasbourg, 1er novembre 1995.

de chômage aux adventistes du septième jour qui refusaient de travailler pendant leur jour de repos[33] ou à un témoin de Jéhovah qui ne voulait pas, pour des raisons religieuses, travailler dans une usine fabriquant des pièces pour l'armement[34], et également de dispenser, en raison de leurs convictions religieuses, les membres de la communauté Amish du Vieil Ordre et de l'Église des Amish mennonites conservateurs de l'obligation légale d'envoyer leurs enfants à l'école jusqu'à l'âge de 16 ans[35].

Le droit à l'autodétermination en tant que droit du groupe collectif signifie davantage que se montrer simplement conciliant à l'égard de certaines croyances et pratiques particulières d'un groupe. En vertu du droit à l'autodétermination, les gouvernements sont tenus de garantir, au moyen de leurs systèmes constitutionnels et juridiques respectifs, les intérêts des franges distinctes de la population qui constituent un peuple au sens défini plus haut. La *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* définit clairement cette obligation des États : protéger l'identité collective de chaque minorité relevant de leurs juridictions respectives et favoriser « l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité » (art. 1.1 et 4.2) ; en particulier, fournir aux populations minoritaires les moyens « de prendre une part effective [...] aux décisions qui concernent la minorité à laquelle elles appartiennent (art. 2.3) ; n'exercer aucune forme de discrimination contre qui que ce soit sur la base de son identité de groupe (art. 3) ; et, enfin, prendre « des mesures pour que les personnes appartenant à des minorités » se voient garantir « des conditions de pleine égalité devant la loi » et par la loi (art. 4.1). La Déclaration prévoit en outre que :

> « Les États prennent des mesures pour créer des conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités d'exprimer leurs propres particularités et de développer leur culture, leur langue, leurs traditions et leurs coutumes, sauf dans le cas de pratiques spécifiques qui constituent une infraction à la législation nationale et sont contraires aux normes internationales[36]. »

33 *Sherbert c. Verner*, 373 US 398, 1963 ; voir aussi *Hobbie c. Unemployment Appeals Commission of Florida*, 480 US 136, 1987 ; *Frazee c. Illinois Department of Employment Security*, 489 US 829, 1989.

34 *Thomas c. Review Board, Indiana Employment Security Division*, 450 US 707, 1981.

35 *Wisconsin c. Yoder*, 406 US 205, 1972.

36 Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, art. 4. 2 : www2.ohchr.org/french/law/minorites.htm.

La *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales* ratifiée par le Conseil de l'Europe décrit les droits des minorités dans le même esprit : elle garantit « le droit à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi » (art. 4.1) ; les États-parties « s'engagent à promouvoir les conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités nationales de conserver et développer leur culture, ainsi que de préserver les éléments essentiels de leur identité que sont leur religion, leur langue, leurs traditions et leur patrimoine culturel » (art. 5.1) ; « à reconnaître à toute personne appartenant à une minorité nationale le droit de manifester sa religion ou sa conviction, ainsi que le droit de créer des institutions religieuses, organisations et associations » (art. 8).

Les limites du droit à l'autodétermination

Les individus se lient les uns aux autres par affinités dans toutes sortes de groupes, qui reposent soit sur des caractéristiques biologiques – le sexe, la race et les liens familiaux, soit sur l'histoire – une appartenance commune, nationale, culturelle, religieuse ou linguistique. L'affiliation à un groupe entraîne généralement certaines obligations envers des convictions et des pratiques traditionnelles perçues par ses membres comme les conditions *sine qua non* du maintien de l'identité et des intérêts de ce groupe. Mais, à la lumière des notions contemporaines de droits de l'homme et de libertés fondamentales, certaines de ces croyances et de ces coutumes ont été remises en cause. La sociologie, le droit et les sciences politiques ont ainsi été amenés à se demander comment concilier au mieux les identités des groupes présents dans une communauté politique avec les lois et/ou les structures de l'État. Où se situe la limite entre les pratiques – de groupes religieux, par exemple – qui doivent être protégées par le droit à l'autodétermination et celles qui ne peuvent plus être tolérées aujourd'hui, à l'heure de la « gouvernance humaine » ? Le problème se présente sous deux aspects bien distincts : premièrement, dans quelle mesure peut-on accueillir des formations de groupes dans les structures politiques de l'État ; deuxièmement, comment réagir par des moyens légaux à des pratiques fondées sur la religion mais considérées aujourd'hui comme une menace pour les membres les plus vulnérables du groupe ?

Pour commencer, il faut souligner que le droit à l'autodétermination reconnaît, d'une manière générale, l'existence de la diversité ethnique, culturelle, religieuse et linguistique dans une société politique (c'est ce qu'on appelle le pluralisme) comme un fait essentiel dont on doit tenir compte dans les structures politiques et les dispositifs juridiques de l'État. Cependant, il est également important que les alliances basées sur une origine ethnique commune, sur un héritage culturel, une conviction religieuse ou une identité linguistique ne se voient pas attribuer, au sein du corps politique, un rôle qui dépasse les limites de ces caractéristiques distinctives, qui

servent de lien entre les membres du groupe. En d'autres termes, l'élément essentiel du droit à l'autodétermination est que la pertinence des intérêts du groupe doit être déterminée par la nature de ce dernier et limitée à sa taille. La protection des intérêts d'un groupe culturel doit se cantonner aux questions culturelles, celle d'un groupe religieux aux affaires religieuses, etc. Permettre à un groupe *culturel* ou *religieux* d'être *politiquement* représenté dans les structures gouvernementales reviendrait à attribuer aux caractéristiques qui le définissent en tant que groupe – la culture ou la religion – une dimension qui dépasse les limites de leur véritable finalité (et de leur utilité) dans l'ensemble hétérogène que constitue la société humaine.

Pour répondre à la seconde question posée ci-dessus, il est important de rappeler que le droit à l'autodétermination n'est pas absolu. On dit généralement qu'il ne légitime pas les violations des droits de l'homme qui peuvent être inhérentes à une tradition ethnique ou à une coutume religieuse. Mais c'est une manière de voir un peu superficielle. Le droit international semble, en effet, tolérer la discrimination à l'égard des femmes comme manifestation d'une tradition culturelle ou d'un dogme religieux, mais il se fait davantage entendre quand il s'agit de condamner, par exemple, les mutilations génitales féminines – une pratique qui, dans certaines communautés du moins, est fondée sur des considérations religieuses. Les autorités politiques paraissent avoir pour principe de ne pas utiliser la force de la loi pour interdire des pratiques religieuses qui se bornent à de la discrimination (sexuelle). En revanche, elles n'acceptent pas que, sous couvert du droit à l'autodétermination, des pratiques religieuses ou culturelles portent atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique.

A cet égard, un problème très particulier se pose chaque fois que des parents, en raison de leurs convictions religieuses, refusent que l'on administre à leur enfant un médicament ou un traitement thérapeutique pouvant le maintenir en vie. Aux États-Unis, l'historique de ce problème est en dents de scie[37]. Selon les États, il existe des lois qui exemptent les parents de l'obligation légale de donner des soins médicaux à un enfant dont ils ont la garde s'ils préfèrent recourir à un traitement spirituel ou à une guérison par la foi[38]. Cependant, cette concession à la liberté religieuse ne dispense pas les parents de répondre devant la loi d'homicide involontaire, si l'enfant venait à décéder, parce qu'il n'a pas pu être traité par la médecine conventionnelle[39]. Ils seront donc poursuivis pour avoir appliqué, à la place des soins médicaux traditionnels, un traitement spirituel, mais seulement si ce dernier

37 Voir Edward Egan Smith, « The Criminalization of Belief: When Free Exercise Isn't », *Hastings Law Journal*, vol. 42, 1991, p. 491.

38 *Walker c. Superior Court*, 763 P. 2d, 1988, p. 852, 858 (se référant au § 270 du *Californian Penal Code*).

39 Id. p. 878.

s'est révélé inefficace et que cela a entraîné la mort de l'enfant[40]. En ce qui concerne l'Afrique du Sud, la Haute Cour, en tant que tuteur suprême de tous les enfants, peut intervenir en autorisant les procédures médicales possibles tant que la vie de l'enfant peut encore être sauvée. C'est pourquoi elle peut passer outre la décision de parents qui, pour des motifs religieux, ne consentiraient pas à ce que leur enfant reçoive une transfusion sanguine (ou un autre traitement thérapeutique) jugée nécessaire à sa survie par un pédiatre[41]. En Afrique du Sud, le droit constitutionnel à la vie d'un enfant l'emportera toujours sur la revendication par les parents de l'exercice de leur liberté religieuse.

Comme indiqué dans les premiers paragraphes du présent article, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud et la Cour européenne des droits de l'homme, qui respectent toutes deux le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination, en sont arrivées à des conclusions opposées en ce qui concerne la légalité des règlements ou des lois interdisant le port de symboles ou de vêtements distinctifs motivé par des considérations religieuses. En appliquant le principe d'égalité selon la perspective de la laïcité constitutionnelle turque, la Cour européenne des droits de l'homme ne pouvait adhérer à la fausse évidence selon laquelle l'égalité de traitement des groupes exige en fait que, pour les questions légales, on fasse des distinctions en fonction des différents groupes dans les affaires où ces différentiations sont vraiment applicables à la caractéristique qui distingue un groupe particulier d'un autre. Attentive à la composition plurielle de la population sud-africaine et soucieuse également du droit constitutionnel à l'autodétermination des communautés religieuses, la Cour constitutionnelle sud-africaine a, au contraire, statué [dans l'affaire Pillay, NDLT] que ne pas faire respecter les pratiques distinctes de la communauté hindoue équivaudrait à une discrimination choquante.

Le fait que les systèmes nationaux n'offrent pas ce type de protection aux intérêts d'une partie de la population relevant de leur juridiction, ou simplement que celle-ci se sent marginalisée, doit être considéré comme une raison importante pour que des pans de la communauté politique ayant une forte conscience de groupe aspirent inlassablement à la création de nouveaux États qui seraient homogènes : c'est le cas de la communauté musulmane au Cachemire, des Basques au nord de l'Espagne, des factions hindoues au Sri Lanka, de la minorité catholique en Irlande du Nord, de la communauté chrétienne au sud du Soudan, des Kurdes en Iraq et en Turquie, des personnes d'origine macédonienne à Florina (au nord de la Grèce), et de bien d'autres encore.

40 Voir John Dwight Ingram, « State Interference with Religiously Motivated Decisions on Medical Treatment », *Dickinson Law Review*, vol. 93, Dickinson School of Law, 1988, p. 41, 59.

41 *Hay c. B*, 2003 (3) SA 492 (W) (S. Afr.).

Le droit à l'autodétermination et la sécession

Le droit à l'autodétermination conféré aux communautés ethniques, religieuses ou linguistiques n'implique pas un droit à la sécession ni à l'indépendance politique – même dans les cas où un gouvernement, en violation du droit international, ne respecte pas le droit à l'autodétermination de certaines franges de la population dépendant de lui. Le droit international est tout à fait explicite lorsqu'il affirme que l'autodétermination des communautés ethniques, religieuses et linguistiques doit coexister avec « l'intégrité territoriale des États » – expression qui souligne le caractère sacré des frontières nationales existantes. En outre, le droit à l'autodétermination concerne un peuple, tandis qu'un nouvel État né d'une sécession se définit essentiellement par son territoire (il s'agit d'un territoire défini qui se détache d'un État existant, et non d'un peuple).

Les définitions générales du droit à l'autodétermination, comme celle qui figure dans la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* et qui proclame le droit des peuples à « [déterminer] librement leur statut politique » et à « [poursuivre] librement leur développement économique, social et culturel », ne doivent donc pas être considérées comme une consécration générale d'un droit à l'indépendance politique. Elles doivent être limitées au thème du document dont elles proviennent et lues dans ce contexte : les peuples soumis à un régime colonial ou à une domination étrangère ont bien droit à l'indépendance politique, mais ce n'est pas le cas pour les communautés nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques dans un État existant. Malheureusement, l'essence du droit s'appliquant aux pays et aux peuples coloniaux est aussi parfois citée dans des instruments traitant du droit à l'autodétermination des peuples nationaux, ethniques, religieux ou linguistiques. Par exemple, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* de 2007 affirme que ces peuples, en vertu de leur droit à l'autodétermination, « déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel[42] ». Mais de peur que cette disposition ne soit interprétée comme signifiant l'indépendance politique, le législateur stipule que rien dans cette Déclaration ne peut être considéré « comme autorisant ou encourageant aucun acte ayant pour effet de détruire ou d'amoindrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État souverain et indépendant[43] ». C'est exactement ce que déclarait déjà, en 1993, la Conférence mondiale sur les droits de l'homme des Nations Unies en précisant que le droit des peuples à déterminer « librement leur statut politique » et à poursuivre

42 Déclaration sur les droits des peuples autochtones, art. 3, A.G. Rés. 61/295 du 2 octobre 2007, UN Doc. A/RES/61/295, 2007.

43 Idem, art. 46 (1).

« librement leur développement économique, social et culturel » est expressément subordonné à la réserve selon laquelle :

> « Ce qui précède ne devra pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité de droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune[44] ».

En 1996, la Cour suprême du Canada a été chargée d'examiner, entre autres, s'il existe, en vertu du droit international, un droit à l'autodétermination qui autoriserait l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec à faire sécession du Canada unilatéralement. Elle a répondu par la négative en invoquant plusieurs raisons[45]. À l'évidence, les habitants du Québec ne constituent pas un « peuple » au sens du droit international puisqu'ils sont issus de divers groupes ethniques, culturels, religieux et linguistiques. Pour cette simple raison, ils ne peuvent revendiquer le droit à l'autodétermination. Des pans de la population québécoise unis par une origine ethnique commune, un patrimoine culturel, une appartenance religieuse ou une préférence linguistique pourraient, bien sûr, déplorer le déni de leur droit à l'autodétermination au motif qu'on ne leur donne pas accès à un mode de vie dicté par leur identité nationale, ethnique, religieuse ou linguistique. Mais cela n'est pas le cas en réalité – du moins pas en ce qui concerne les habitants de la ville de Québec.

Nombreuses sont les raisons convaincantes d'éviter à tout prix que soient détruites les communautés politiques qui abritent aujourd'hui une société pluraliste. Premièrement, la multiplication d'États économiquement non viables accentuerait la baisse du niveau de vie à l'échelle mondiale. Deuxièmement, il est clairement utopique de croire que les gens qui partagent une langue, une culture ou une religion s'entendront forcément sur le plan politique, et la désillusion qui risque de s'ensuivre pourrait engendrer un profond ressentiment et de nouveaux conflits. Troisièmement, les mouvements de population à l'intérieur même du territoire des sociétés pluralistes ont profondément sapé l'homogénéité ethnique, culturelle ou religieuse dans les régions où elle a pu exister par le passé. C'est pourquoi, dans la plupart des cas, il serait

44 *Déclaration et programme d'action de Vienne*, UN Doc. A/CONF.157/23, Partie I, § 2, 12 juillet 1993.

45 Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, Cour suprême du Canada, 1998.

tout à fait impossible pour les sécessionnistes de définir des frontières qui respectent la répartition démographique des groupes. Quatrièmement, le fait de conférer une légitimité politique à l'appartenance ethnique, culturelle ou religieuse comporte en soi le risque d'une répression des minorités au sein de la nation et ne laisse pas le moindre statut politique aux personnes qui, pour cause de métissage ou de mariage mixte, ne peuvent s'identifier à un groupe précis ni à celles qui, pour une raison ou une autre, ne souhaitent faire partie d'aucune catégorie ethnique, religieuse ou culturelle. Et, cinquièmement – en conséquence de ce qui précède –, un État défini par une ethnie, une culture ou une religion créera le plus souvent ses propres « problèmes de minorités ». En effet, la formation de l'État sécessionniste étant basée sur des motivations ethniques, culturelles ou religieuses, ceux qui n'adhèreront pas à ces dernières feront presque immanquablement l'objet d'une profonde discrimination ou, pire encore, d'une stratégie de « nettoyage ethnique ».

Conclusion

Les recherches menées par les spécialistes pour trouver une solution valable au problème des alliances de groupes au sein de la communauté politique ont généré jusqu'ici une grande variété de théories et de pratiques sociopolitiques, qui vont de l'individualisme strict à toutes les formes de totalitarisme. Les expressions les plus extrêmes de l'individualisme nient la pertinence – voire l'existence en tant qu'élément de la réalité empirique – des entités de groupe institutionnelles et visent à dévaloriser les intérêts collectifs des personnes qui forment une communauté distincte pour réduire ces dernières à une part insignifiante et inférieure du genre humain. De son côté, le totalitarisme attribue à un groupe particulier – que ce soit l'État ou une communauté raciale, ethnique ou religieuse – une importance exagérée et une position dominante sur les individus à l'intérieur et souvent au-delà de son cercle. Il a pour objectif soit l'homogénéité, soit, sinon, la subordination, la répression et/ou la persécution d'autrui. Il entretient le sentiment d'une supériorité ou d'une domination qui n'appartiendrait qu'au groupe, exploite la propension à la xénophobie de ses membres et peut à la limite en arriver au génocide ou à des formes moins extrêmes de « nettoyage ethnique ».

Le droit à l'autodétermination est, au contraire, sensible aux identités des divers groupes de la communauté politique et il cherche à les concilier. Il encourage chacun à être fier de son origine culturelle et de son appartenance religieuse. Il apporte son soutien à l'organisation politique d'une « nation arc-en-ciel » – selon la célèbre expression de l'archevêque Desmond Tutu. Après tout, il y va aussi de l'intérêt de l'État de satisfaire et même de protéger le droit à l'autodétermination des communautés religieuses dans les structures politiques.

A plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a mis l'accent sur l'importance vitale de la religion en tant que composante de la démocratie

constitutionnelle sud-africaine. Dans l'affaire *Christian Education South Africa c. Minister of Education*, le juge Albie Sachs a déclaré :

> « Il ne fait aucun doute que le droit à la liberté de religion, de croyance et d'opinion est important dans une société ouverte et démocratique envisagée dans le cadre de la Constitution. Le droit de croire ou de ne pas croire et d'agir ou de ne pas agir en fonction de ses convictions ou de son absence de conviction constitue l'un des ingrédients clés de la dignité de la personne humaine. Pourtant la liberté religieuse va au-delà de la protection de l'inviolabilité de la conscience individuelle. Pour de nombreux croyants, la relation avec Dieu ou la Création est au centre de toutes les activités. Elle influe sur leur capacité à se percevoir eux-mêmes et à interagir de manière approfondie avec leur communauté et leur environnement. Pour des millions de gens de tous les milieux, la religion offre un soutien et un cadre à la stabilité et au développement individuel et social. La croyance religieuse a la capacité de faire naître des notions comme l'estime de soi et la dignité humaine qui forment la pierre angulaire des droits de l'homme. Elle influence la vision du croyant sur la société et permet de distinguer le bien du mal. Elle s'exprime à travers l'affirmation et la persistance de traditions fortement ancrées qui souvent remontent si loin qu'elles transcendent les époques et les frontières nationales[46]. »

Dans une affaire qui a établi la légalité du mariage homosexuel, le juge Sachs, en rendant le verdict unanime du tribunal, a insisté sur l'importance de la religion pour l'État :

> « Les organisations religieuses jouent un rôle fondamental et d'une grande portée dans la vie publique, que ce soit à travers les écoles, les hôpitaux ou les programmes de lutte contre la pauvreté (*sic*). Elles exigent de leurs membres un comportement éthique (*sic*) et elles démontrent que le pouvoir peut s'exercer dans la collaboration entre l'État et les organismes privés ; elles encouragent la musique, le théâtre et les arts (*sic*) ; elles mettent des salles à la disposition de la collectivité et dirigent une grande variété d'activités sociales pour leurs membres et pour l'ensemble de la population. Elles s'intègrent bien dans la structure de la vie publique et sont des éléments actifs

46 *Christian Education South Africa c. Minister of Education*, 2000 (4) SA 757 ; 2000 (10) BCLR 1051 (CC), § 36 (S. Afr.).

> de la nation diversifiée et pluraliste décrite par la Constitution. La religion ne se limite pas à une question de croyance ou de doctrine. Elle fait partie du caractère et de la culture de chacun et elle joue un rôle significatif dans le mode de vie de nombreux croyants. Les organisations religieuses forment un secteur important de la vie nationale et ont à ce titre le droit de s'exprimer devant le gouvernement et les tribunaux sur les grandes questions à l'ordre du jour. Elles participent activement aux affaires publiques et sont pleinement habilitées à donner leur opinion sur la façon dont le droit est conçu et appliqué. »

La Cour, a-t-il ajouté, doit reconnaître les domaines différents qu'occupent le laïc et le sacré et ne pas forcer l'un à empiéter sur l'autre ; il faut « concilier et gérer de façon juste et raisonnable les différences entre des visions du monde et des modes de vie profondément ancrés », et ne pas imposer à une partie de la population les convictions religieuses d'une autre. La Cour doit en particulier protéger les minorités contre la discrimination par les opinions majoritaires[47]. N'est-ce pas, au fond, ce que signifie faire respecter le droit à l'autodétermination des communautés religieuses au sein des structures sociales, politiques et juridiques d'une nation ?

a NDLT : Version française trouvée à la Digithèque de matériaux juridiques et politiques http://mjp.univ-perp.fr/constit/czcar.htm.

b NDLT : Version française trouvée à la Digithèque de matériaux juridiques et politiques http://mjp.univ-perp.fr/constit/pl1997.htm.

c NDLT : Dans les Églises orthodoxes, un sobor est un concile composé des évêques et d'autres délégués issus du clergé et de la société laïque représentant l'Église dans son ensemble lors d'affaires importantes. http://en.wikipedia.org/wiki/Sobor.

47 *Minister of Home Affairs c. Fourie ; Lesbian and Gay Equality Project c. Minister of Home Affairs*, 2006 (1) SA 524 ; 2006 (3) BCLR 355, § 93-95 (CC) (S. Afr.).

DÉMOCRATIES OCCIDENTALES : UN DROIT FAMILIAL FONDÉ SUR LA FOI ?

John Witte, Jr. et Joel A. Nichols*

Le 7 février 2008, l'archevêque anglican Rowan Williams a déclenché un tollé mondial en déclarant que l'adoption de certains aspects du droit familial musulman en Grande-Bretagne était « inévitable »[1]. Sa proposition, bien que prudemment nuancée, a suscité, dans le mois qui a suivi, la parution de plus de 250 articles, pour la plupart hostiles, dans la presse internationale. Selon les critiques, l'Angleterre allait se retrouver aux prises avec la « polygamie autorisée », les procédures barbares et la violence extrême envers les femmes enfermées dans des burqas étouffantes. Les citoyens musulmans d'une démocratie occidentale allaient être soumis à des tribunaux musulmans légalement ghettoïsés, à l'abri des procédures d'appel civil et du contrôle de constitutionnalité des lois. D'autres détracteurs ont fait allusion à la manière dont le Nigeria, le Pakistan et d'autres anciennes colonies britanniques ont tenté de trouver un équilibre entre la charia musulmane et la *common law*. Les abus terribles et les violations répétées des droits de l'homme commis dans ces pays par les tribunaux religieux – comme la lapidation, par les fidèles, d'innocentes victimes de viol pour le déshonneur qu'elles avaient causé à leurs familles – prouvent que les lois religieuses et les lois de l'État concernant la famille ne peuvent tout simplement pas coexister. Affaire classée.

Mais cette affaire n'est pas restée classée pour longtemps. Car l'archevêque n'appelait pas à instaurer des tribunaux musulmans indépendants en Angleterre, et encore moins à faire appliquer la charia par les cours de justice anglaises.

* John Witte, Jr. est professeur de droit à la chaire Jonas Robitscher de l'université Emory, professeur émérite de droit de la famille à la chaire Alonzo L. McDonald de la même université et directeur du Centre Emory d'études du droit et de la religion. Joel A. Nichols est maître de conférences de droit à la faculté de droit de l'université St. Thomas et Senior Fellow au Centre Emory. Cet article est tiré de la postface de l'ouvrage édité par Joel A. Nichols, *Marriage and Divorce in a Multi-Cultural Society: Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, à paraître, Cambridge University Press.

1 "Archbishop's Lecture—Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective", 7 février 2008. Consultable en anglais sur http://www.archbishopofcanterbury.org/1575.

Il soulevait plutôt toute une série de questions, difficiles mais « inévitables », sur l'identité et la pratique conjugale, l'identité culturelle et religieuse dans les sociétés démocratiques occidentales respectant les droits de l'homme. Quelles formes de mariage les citoyens devraient-ils pouvoir choisir, et quelles formes de droit religieux de la famille (et du mariage) les gouvernements devraient-ils respecter ? Comment les musulmans et les autres minorités religieuses ayant des normes familiales et des pratiques culturelles distinctes peuvent-ils être intégrés dans une société qui promeut la liberté religieuse et l'autodétermination, ainsi que l'égalité religieuse et la non-discrimination ? Le pluralisme juridique ou même le « fédéralisme personnel » est-il nécessaire pour protéger les musulmans et les croyants des autres religions qui, en raison des impératifs de leur conscience, sont opposés aux valeurs libérales qui imprègnent les lois de l'État concernant les relations sexuelles, le mariage et la famille ? Tout arrangement constitutionnel avec le droit familial musulman et les tribunaux de la charia représente-t-il une avancée dangereuse vers la pente glissante de l'autonomie accordée à une confession dont certains des dirigeants contestent précisément les valeurs des droits démocratiques et des droits de l'homme qui les protègent à l'heure actuelle ? Ces questions difficiles, et bien d'autres encore, deviennent effectivement « inévitables » aujourd'hui pour nombre de démocraties occidentales, qui voient leurs communautés musulmanes augmenter, se diversifier et avoir des exigences nouvelles, toujours plus pressantes. Si le taux de croissance actuel des communautés musulmanes en Occident se maintient, dans une génération nous nous souviendrons de la fameuse « crise » des caricatures danoises comme d'une vétille.

Même les pays démocratiques qui ont en commun un certain héritage en matière de droit et leur engagement envers les droits de l'homme et la liberté religieuse ont adopté des approches très différentes par rapport à ces questions. L'Angleterre, qui compte les minorités musulmanes les plus importantes, est le pays qui a fait le plus d'arrangements avec les écoles, les œuvres de bienfaisance, les banques musulmanes ainsi que les tribunaux islamiques d'arbitrage régissant les questions familiales, financières et autres affaires privées pour les fidèles qui choisissent volontairement de recourir à eux. En particulier, les tribunaux anglais ont jusqu'ici régulièrement confirmé les arbitrages des tribunaux musulmans dans les conflits conjugaux et familiaux, dès lors que toutes les parties y prenaient part de leur plein gré et que ces arbitrages avaient lieu sans aucune coercition ni menace physique. De la même manière, en matière de droit familial, la justice anglaise s'en remet à l'arbitrage des autorités chrétiennes, hindoues ou autres autorités religieuses pacifiques. Le Canada, pays ayant la Constitution la plus libérale parmi les grandes nations, a sérieusement débattu de l'instauration, dans l'Ontario, de tribunaux familiaux soumis à la charia, mais il a fini par rejeter l'arbitrage religieux pour adopter un droit unique et régional régissant le mariage de tous ses citoyens. Les musulmans

canadiens jouissent toutefois d'une grande liberté religieuse en ce qui concerne le culte, l'enseignement, les banques, les rituels et les vêtements religieux. L'Australie, dont les minorités musulmanes sont plus petites et plus dispersées, accorde aux musulmans une liberté religieuse générale. Mais elle commence tout juste à être confrontée au problème des accommodements à faire avec les revendications des musulmans qui exigent que l'État fasse respecter leurs contrats de mariage et accepte la compétence de l'arbitrage religieux islamique en ce qui concerne le droit familial et les différends familiaux. Les États-Unis, malgré l'importance considérable et la diversité de leurs populations musulmanes, sont ceux qui ont fait le moins de concessions à leurs citoyens musulmans. Ces derniers n'ont pas eu plus de succès que leurs homologues en France ou en Turquie lorsqu'ils ont contesté dernièrement devant les tribunaux le rejet par l'État de certains règlements ou de certaines exemptions concernant leurs écoles, leurs œuvres de bienfaisance ou leurs mosquées. Ils n'ont pas non plus souvent réussi à faire lever les interdictions prononcées contre le port des vêtements traditionnels religieux pour enseigner dans des écoles publiques, témoigner devant les tribunaux ou travailler dans le service public. Les États américains ont eu également du mal à prendre en compte le droit familial musulman, sans parler des tribunaux de la charia. La plupart des cours de justice américaines n'ont confirmé que de manière occasionnelle les contrats de mariage musulmans privés. Lorsqu'il s'agissait de mariages mixtes, elles ont souvent statué en faveur du conjoint non musulman dans les affaires de divorce et de garde d'enfants. Elles se sont aussi fermement opposées à la polygamie musulmane et ont rarement accepté les sentences arbitrales ou les accords de médiation des tribunaux matrimoniaux ou des chefs religieux musulmans. Les musulmans américains ont cependant continué à faire campagne en faveur d'une plus grande liberté religieuse, de l'autonomie et de l'autodétermination en ce qui concerne le mariage et d'autres sujets[2].

Le droit, le mariage et la religion

Il n'est pas étonnant que le droit de la famille et du mariage ait provoqué ce nouveau conflit entre le droit et la religion dans les démocraties occidentales. En effet, le mariage a longtemps été considéré comme une institution à la fois juridique et spirituelle, c'est-à-dire réglée par des lois du droit des contrats et du droit patrimonial propres à chaque État mais aussi par des canons particuliers de la religion et par certaines cérémonies religieuses. Il a aussi été tenu pendant des siècles pour

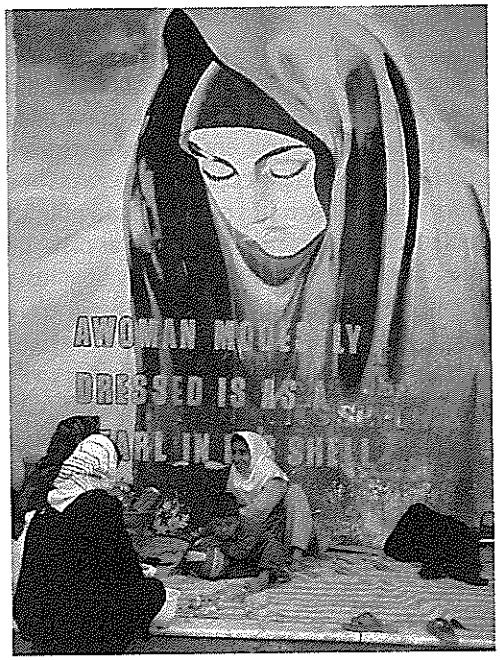
2 Cf. Pascale Fournier, *Muslim Marriage in Western Courts: Lost in Transplantation*, Williston WT, Ashgate, 2010 ; David Pearl et Werner F. Menski, *Muslim Family Law*, 3e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 1998, p. 65-83 ; et les articles parus dans Nichols, éd., *Marriage and Divorce in a Multicultural Society* et Rex Ahdar et Nicholas Aroney, éds., *Shari'a in the West*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

l'institution la plus fondamentale de la société et de la culture occidentale. Aristote et les stoïciens romains qualifiaient déjà le foyer conjugal de « fondement de la République » et de « source privée de la vertu publique ». Les Pères de l'Église et les catholiques du Moyen Âge l'appelaient « la pépinière des villes et des cités[a] », « la force qui soude la société ». Les premiers protestants modernes le désignaient par des expressions telles que « petite Église[b] », « petit État », « petit séminaire », la première école de l'amour et de la justice, de la charité et de la citoyenneté. Et pour John Locke et les philosophes du siècle des Lumières, le mariage était « la première société » qui devait se constituer à mesure que l'homme et la femme passaient de l'état naturel à une société organisée dédiée à l'état de droit et à la protection des droits[3].

En raison de son importance culturelle, le mariage a aussi été l'une des premières institutions à faire l'objet de réformes au cours des batailles décisives entre l'Église et l'État qu'a connues l'Occident. Au IVe siècle, lorsque Constantin et les empereurs qui lui succédèrent ont gagné l'empire romain au christianisme, ils ont rapidement promulgué un ensemble de nouvelles lois portant sur le mariage et la famille qui étaient directement inspirées des enseignements chrétiens. Plus tard, aux XIe et XIIe siècles, le pape Grégoire VII et ses successeurs se sont libérés des autorités civiles et ont établi l'Église catholique en tant qu'autorité juridique indépendante. Celle-ci s'est alors emparée de la juridiction portant sur le mariage, qualifiant ce dernier de sacrement soumis aux tribunaux de l'Église et au droit canon. Au XVIe siècle, lorsque le roi Henri VIII, Martin Luther et d'autres protestants appelèrent à la réforme de l'Église, de l'État et de la société, l'un de leurs premiers actes a été de rejeter le droit canon catholique du mariage et la théologie sacramentelle sur laquelle il s'appuyait et de transférer le principal contrôle légal du mariage au magistrat chrétien. À la fin du XVIIIe siècle, quand les révolutionnaires français ont laissé éclater leur fureur contre les institutions traditionnelles, ils n'ont pas tardé à s'attaquer au système complexe de règles, de fonctions et de rituels institués par l'Église catholique autour du mariage, en confiant ce dernier au pouvoir des autorités de l'État laïque. Au début du XXe siècle, enfin, lorsque la révolution bolchévique s'est achevée en Russie, l'une des premières décisions de Lénine a été d'abolir l'institution légale du mariage, considéré comme un obstacle bourgeois à la réalisation du vrai communisme.

Les démocraties occidentales actuelles n'ont pas aboli le mariage en tant que catégorie juridique, mais elles l'ont fortement privatisé et elles ont réduit nombre de ses éléments traditionnels. Il y a un demi-siècle, la plupart des États occidentaux considéraient le mariage comme une institution publique dans laquelle l'Église, l'État et la société étaient tous trois profondément impliqués. En général, et malgré

3 Voir les citations de John Witte Jr., in *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion, and Law in the Western Tradition*, 2e éd., Westminster John Knox Press, Louisville, 2011.



L'art avec un message : « Une femme modestement vêtue est comme une perle dans sa coquille. »

Peinture murale à Suse, en Iran.

Photo : Wikimedia Commons

de grandes variations d'une juridiction à l'autre, la majorité des États occidentaux définissaient encore le mariage comme l'union monogame supposée permanente entre un homme valide et une femme valide, libres et ayant la capacité de se marier. Le droit type d'un État exigeait qu'il y ait des fiançailles officielles et que le mariage soit contracté avec le consentement des parents, devant témoins, et après une période d'attente convenable. Les futurs mariés devaient présenter un certificat de publication des bans et faire enregistrer et célébrer leur mariage devant les autorités civiles et/ou religieuses. Les relations sexuelles et le mariage de couples ayant des liens biologiques ou familiaux tels que définis par la loi de Moïse étaient interdits. Le mariage était également déconseillé et parfois même interdit si l'un des fiancés était impuissant ou porteur d'une maladie contagieuse empêchant la procréation ou mettant en danger le futur conjoint. Les couples qui voulaient divorcer devaient faire connaître publiquement leurs intentions, s'adresser à un tribunal, produire un motif valable ou la preuve qu'il y avait eu faute, pourvoir aux besoins du conjoint à charge et des enfants. Le droit pénal proscrivait la fornication, l'adultère, la sodomie, la polygamie, la contraception, l'avortement et d'autres comportements perçus à l'époque comme des infractions à caractère sexuel. Le droit de la responsabilité civile tenait les tiers responsables en cas de séduction, de détournement et de perte

de la communauté ou d'aliénation des sentiments de l'un des époux. Les Églises et autres communautés religieuses avaient un rôle à jouer dans la conclusion du mariage, son maintien et sa dissolution, ainsi que dans les soins à apporter aux enfants aux niveaux physique, moral et éducatif.

Aujourd'hui, le concept dominant de la vie familiale, du mariage et des relations sexuelles en Occident est au contraire privé et contractuel ; le rôle des parents, des proches et des autorités religieuses ou politiques est minime. Le mariage est généralement considéré comme un contrat privé bilatéral appelé à être conclu, maintenu ou dissout par le couple comme bon lui semble. Les contrats prénuptiaux, de mariage et de séparation sont de mieux en mieux acceptés parce qu'ils permettent aux parties de définir leurs droits et devoirs respectifs au sein du mariage et par la suite. Dans certains États, on fournit aux amants dont la liaison dure depuis longtemps des contrats de mariage implicites qui peuvent servir à appuyer une demande de pension alimentaire et de soutien familial pendant et après la relation. Il existe aussi des contrats de maternité de substitution pour la location d'utérus de mères porteuses et des contrats médicaux pour le transfert d'embryons ou pour les avortements. Pour la formation de tous ces types de contrats, des exigences comme le consentement des parents et la présence de témoins ont en grande partie disparu. Le divorce « aux torts partagés » a ramené la procédure de divorce à une formalité coûteuse et a pratiquement supprimé les différences complexes de fond et de procédure entre annulation et divorce. Le paiement des pensions alimentaires et les autres formes d'assistance dues à l'ex-époux et aux enfants à charge après le divorce cèdent la place à des échanges de propriétés en versement forfaitaire, ce qui constitue une rupture nette entre les deux parties, leur permettant ainsi de se remarier. Le partage des biens sous surveillance judiciaire entre les époux en instance de divorce est remplacé par un accord privé négocié ou arbitré, confirmé ensuite, sans examen minutieux, par le tribunal. Les différences fonctionnelles entre les droits des couples mariés et non mariés ou ceux des couples hétérosexuels et homosexuels ont été considérablement gommées grâce à toute une série de nouvelles lois et à la jurisprudence constitutionnelle. Le mariage, l'union civile et les partenariats domestiques ont acquis une véritable équivalence juridique dans de nombreux États. Les rôles que l'Église, l'État et la communauté au sens large tenaient dans la conclusion, le maintien et la dissolution du mariage ont peu à peu été réduits par égard pour les principes constitutionnels de liberté sexuelle, de laïcité ou de séparation entre l'Église et l'État.

Ces mutations juridiques se sont opérées de manière exponentielle au cours du dernier demi-siècle. Elles traduisent, en partie, la volonté de parvenir à une plus grande égalité et à une plus grande équité au sein du mariage et de la société, et d'éradiquer une part du patriarcat, du paternalisme ou tout simplement de la pudibonderie légués par le passé. Elles sont aussi, en partie, le simple reflet

des évolutions exponentielles qui se sont produites dans l'environnement culturel et dans la vie des familles occidentales : les progrès étonnants des techniques de reproduction médicalement assistée, la découverte de nouvelles et diverses conceptions de la sexualité et de la parenté par suite de la mondialisation, l'explosion des normes internationales et nationales en matière de droits de l'homme et l'implosion de la famille nucléaire traditionnelle, due aux nouveaux impératifs économiques et professionnels qui pèsent sur les épouses, les maris et les enfants. Mais, plus fondamentalement, ces mutations juridiques reflètent l'essor d'une nouvelle « démocratie des désirs » et l'émergence d'une nouvelle théorie qui prône le traitement des affaires familiales par des contrats privés. Il est paru, au cours de ces quarante dernières années, un nombre incroyable de publications – jurisprudentielles, théologiques, éthiques, politiques, économiques, sociologiques, anthropologiques, psychologiques – pour expliquer, défendre ou dénoncer avec force ces changements juridiques.

Les réactions des musulmans et leurs arguments en faveur de l'adaptation

Beaucoup de musulmans vivant en Occident décrient ces changements considérables apportés aux législations étatiques concernant les relations sexuelles, le mariage et la famille – et ils n'en veulent pas. Certains sont tout bonnement repartis dans leur pays d'origine à majorité musulmane, consternés de voir les conséquences du libertinisme occidental. D'autres n'ont pas bougé ; ils ont simplement et tranquillement ignoré ces législations et s'abritent derrière les lois constitutionnelles portant sur la vie privée et la liberté sexuelle pour faire, en réalité, comme bon leur semble. D'autres encore ont mis au point des contrats prénuptiaux visant à affranchir les couples musulmans d'une grande partie des lois de l'État pour leur permettre ainsi de se conformer aux pratiques et aux normes internes à leur communauté religieuse. D'autres, enfin, mènent des vies biculturelles, partageant leur temps entre leur résidence en Occident et les pays à majorité musulmane – y compris ceux qui autorisent la polygamie, le patriarcat et la primogéniture – où ils peuvent se marier et fonder une famille.

Tous ces procédés non conventionnels, où loi et culture coexistent, ne peuvent être que des solutions temporaires. En effet, non seulement certains d'entre eux mettent en péril bon nombre de droits et de privilèges prévus par l'État pour les époux et les enfants en cas de mariage contracté dans les règles, mais les arrangements et les compromis en vigueur à l'heure actuelle dans plusieurs pays occidentaux sont si bancals qu'ils peuvent être facilement réduits à néant. Un jour, un citoyen musulman finira par faire appel à l'État pour être libéré d'un contrat de mariage qu'il ne peut plus respecter, d'une pratique religieuse familiale qu'il ne peut plus accepter ou d'une communauté de culte qu'il ne peut plus supporter mais dont il



Cérémonie de l'« Aghd » (mariage iranien) dans les temps anciens...

ne peut se défaire. Un jour, un imam ou un tribunal (clandestin) de la charia finira par dépasser la mesure en recourant à la force ou en publiant une *fatwa* qui va soulever la colère des médias et déclencher une enquête des tribunaux. Un jour, un procureur ou un enquêteur des services sociaux mandaté par l'État interviendra de façon brutale dans un foyer musulman pour lancer des accusations de mariage forcé ou de polygamie. Un jour, une école ou un établissement caritatif musulman sera poursuivi devant les tribunaux pour discrimination sexiste ou maltraitance envers mineur parce qu'il pratique le châtiment corporel ou qu'il dispense un enseignement non mixte. Un jour ou l'autre, un événement majeur, comme l'interdiction, en 2005, des tribunaux de la charia en Ontario ou la déclaration de Rowan Williams sur « l'adoption inévitable » fera la une des journaux et mettra de nouveau les communautés musulmanes de l'Occident sous les projecteurs. Si une affaire ou une polémique de cette ampleur éclate et que la presse internationale s'en mêle, cela pourrait fort bien mettre fin à la plupart de ces arrangements informels et temporaires – surtout si l'on tient compte du rejet culturel envers les musulmans provoqué par les attentats du 11 septembre 2001 et du 7 juillet 2005, par la tuerie de Fort Hood ou les guerres meurtrières et impopulaires contre les extrémistes islamistes en Irak, en Afghanistan et ailleurs.



... et actuellement.

Photos fournies gracieusement par : Iran Chamber Society

C'est précisément cette vulnérabilité que les partisans des tribunaux de la charia et du droit familial fondé sur la foi désirent prévenir. Ils veulent établir la charia – et son application volontaire, réfléchie, consentie par les fidèles musulmans – sur des bases culturelles et constitutionnelles plus solides en Occident. Mais, plutôt que de dénoncer le libéralisme occidental – et la décadence sexuelle, morale et conjugale qui en ont découlé – aujourd'hui, les partisans de la charia les plus habiles défendent la cause en s'appuyant sur le vocabulaire même du constitutionnalisme et du libéralisme politique occidental et en l'utilisant.

L'un de leurs arguments en faveur de l'application de la charia est la liberté religieuse. Le droit constitutionnel occidental comme les normes internationales concernant les droits de l'homme assurent aux individus et aux groupes une protection solide de leur liberté religieuse. Alors pourquoi de paisibles citoyens musulmans ne se verraient-ils pas accorder la liberté de se désengager de rejeter des lois étatiques sur les relations sexuelles, le mariage et la famille qui vont à l'encontre

des impératifs de leur conscience et des règles fondamentales de leur foi ? Pourquoi n'auraient-ils pas la liberté de choisir de mener leur vie privée conformément aux principes de la communauté religieuse dont ils ont choisi d'être les membres ? Pourquoi la liberté religieuse ne protège-t-elle pas un musulman sincère d'une demande de divorce unilatérale ou d'une ordonnance de garde d'enfant imposée par un tribunal qui est en contradiction totale avec les règles de la charia ? Pourquoi l'exercice de sa liberté religieuse ne permet-il pas à un musulman pieux de prendre soin de quatre femmes, tendrement et pour toujours, à l'instar du Prophète, alors qu'un laïc peut fréquenter quatre femmes en même temps et coucher avec, puis les laisser tomber impunément ?

Par ailleurs, pourquoi les autorités religieuses musulmanes ne jouiraient-elles pas à leur tour de l'autonomie et de la liberté d'appliquer leurs propres lois et leurs procédures internes afin d'orienter et de régir les aspects privés de la vie familiale des fidèles qui le souhaitent ? En Occident, les autres groupes religieux bénéficient depuis longtemps des droits de libre exercice appliqués aux sociétés : le droit de posséder une personnalité juridique, d'être propriétaire, de pratiquer le culte en groupe, d'organiser des œuvres de bienfaisance, de mettre en place un enseignement privé, d'avoir la liberté de presse, et bien d'autres encore. Pourquoi les groupes religieux musulmans ne peuvent-ils donc obtenir, eux aussi, le droit d'administrer le mariage et la vie de famille de leurs fidèles qui le veulent – surtout quand ces aspects du domaine familial revêtent une dimension religieuse et morale si profonde dans l'identité et la vie des musulmans ? D'autant qu'en Amérique, de nombreux États offrent désormais le choix entre mariage avec contrat et *covenant marriage*[c], mariage hétérosexuel et mariage homosexuel, mariage traditionnel et union civile, ou encore partenariat domestique. Ce sont tous là des modèles de mariage et d'union prêts à l'emploi que l'État met à la disposition des couples. Pourquoi les musulmans et les autres groupes religieux ne peuvent-ils pas choisir également leur propre forme de mariage religieux ?

Le deuxième argument en faveur de la charia avancé par ses partisans est l'égalité et la non-discrimination en matière de religion. Après tout, de nombreux chrétiens d'Occident ont des tribunaux religieux qui règlent leurs affaires internes, mais aussi certaines questions familiales touchant leurs fidèles. Et même si ces tribunaux en réfèrent à Rome ou à Canterbury, à Moscou ou à Constantinople, les cours d'État sont prêtes à respecter leurs jugements. Personne ne parle d'abolir ces tribunaux religieux ni de limiter leur pouvoir, et ce, malgré les récentes découvertes d'abus de biens sociaux et de dissimulation d'abus sexuels sur des enfants par des membres du clergé dans certaines Églises. Apparemment, personne n'estime non plus que ces tribunaux chrétiens soient illégitimes, alors que certains d'entre eux font de la discrimination envers les femmes dans les décisions portant sur l'ordination et la direction des Églises. De la même façon, les juifs ont toute latitude pour utiliser leurs propres tribunaux

selon le droit juif et arbitrer les conflits conjugaux, financiers et autres impliquant les fidèles juifs orthodoxes. Ainsi, dans l'État de New York – comme aussi dans plusieurs pays européens –, la loi prévoit que le tribunal civil ne peut prononcer le divorce d'un couple juif qu'à condition et après que le beth din ait entériné le divorce religieux, et ce, même si la loi judaïque se déclare systématiquement contre le droit au divorce pour l'épouse. Enfin, les amish, les mennonites, les huttériens et d'autres minorités religieuses ascétiques ont été autorisés à ne pas se conformer à certaines lois générales concernant l'enseignement, le travail des enfants, les relations de travail et le lieu de travail, etc. De plus, leurs propres lois d'excommunication et de condamnation ont été confirmées par les tribunaux d'État. Si donc les chrétiens peuvent avoir leur droit canon et leurs tribunaux ecclésiastiques, si les juifs peuvent avoir leur Halakha et leurs *beth din*, et si même des populations indigènes peuvent avoir leurs lois ancestrales et leurs chefs tribaux, pourquoi les musulmans ne peuvent-ils bénéficier d'un traitement égal quand ils veulent recourir à la charia et aux tribunaux islamiques ?

Enfin, le dernier argument en faveur de l'application de la charia s'appuie sur le libéralisme politique. L'un des enseignements les plus fondamentaux du libéralisme classique nous apprend que le mariage est une institution antérieure à la politique et antérieure au droit. Il précède l'État et son droit positif, tant au niveau de la chronologie historique que de la priorité ontologique. Dans son célèbre « Traité du gouvernement civil » (1689), John Locke qualifie le contrat de mariage de « premier contrat » et de « première société » à être fondée par l'homme et la femme pour rompre avec l'état de nature. Le contrat social, qui est un contrat plus large, a été institué plus tard, ce qui présuppose des contrats de mariage stables. Et d'autres contrats sont venus encore après, pour former les gouvernements des États, les Églises et d'autres associations de personnes engagées au sein de cette société élargie[4]. Sur la base de cette simple logique contractualiste, pourquoi l'État devrait-il avoir l'exclusivité de la juridiction en matière de mariage ? Après tout, ce sont les protestants du XVI[e] siècle et non pas les philosophes du siècle des Lumières du XVIII[e] siècle qui, les premiers, ont investi l'État de la compétence matrimoniale. Alors pourquoi la juridiction de l'État sur le mariage est-elle obligatoire, ou même nécessaire ? Avant la Réforme protestante du XVI[e] siècle – mais aussi, dans de nombreux pays catholiques, bien après celle-ci – le mariage était régi par le droit canon et les tribunaux ecclésiastiques de l'Église catholique. De plus, même en Angleterre, pays protestant, l'État déléguait aux tribunaux ecclésiastiques le pouvoir de régler de nombreuses questions matrimoniales ou familiales, et ce jusqu'au XIX[e] siècle. Il n'y a donc, de toute évidence, aucune raison inhérente à la structure du mariage – et du droit familial – occidental qui exige que ce dernier soit régi par l'État. Rien d'inéluctable

4 John Locke, « Traité du gouvernement civil », 1690, Traduction française de David Mazel, 1795, réalisée à partir de la 5[e] édition de Londres publiée en 1728, I, p. 77-83.

dans la logique contractualiste du libéralisme n'exige des couples mariés qu'ils choisissent l'État plutôt que leurs propres familles ou leurs communautés religieuses pour régir leur vie domestique – en particulier lorsque les règles libérales de l'État divergent à ce point de leurs croyances et de leurs pratiques. Il arrive d'ailleurs que sur ce dernier argument les musulmans conservateurs rejoignent certains chrétiens conservateurs et libéraux critiques qui exigent que toute législation étatique concernant le mariage soit abolie ou que l'on puisse en être exempté – les chrétiens conservateurs parce que l'État a trahi les enseignements chrétiens traditionnels sur le mariage, les libéraux critiques parce que l'État empiète sur la vie privée et la liberté sexuelle de l'individu.

Les limites et les enseignements de l'adaptation

Le problème est que l'argument de la liberté religieuse avancé pour l'application de la charia est fondé sur un principe erroné, à savoir que les impératifs de la conscience et l'exercice de la liberté religieuse doivent toujours l'emporter. Or c'est rarement le cas dans les démocraties modernes, même si ces dernières sont attachées à liberté religieuse. Les objecteurs de conscience les plus sincères et les plus zélés doivent, eux aussi, payer leurs impôts, déclarer leurs biens immobiliers, répondre aux assignations à comparaître et obéir aux injonctions du tribunal, prêter serment (ou sinon prouver la véracité de leurs dires), répondre à la conscription militaire (même pour un service non armé), et se conformer à beaucoup d'autres lois générales visant le bien commun, mais auxquelles ils aimeraient peut-être ne pas obéir, par motif de conscience. S'ils persistent à revendiquer un cas de conscience, ils finiront par devoir faire le choix de s'expatrier ou d'aller en prison pour outrage. De plus, même le croyant le plus pieux ne peut prétendre à des dérogations par rapport aux lois pénales interdisant des actes comme la polygamie, le mariage d'enfants, les mutilations génitales ou le châtiment corporel des épouses, quand bien même sa conception particulière de la charia l'exigerait ou sa communauté religieuse le conseillerait. La garantie de liberté religieuse n'autorise pas le crime.

Les musulmans, qui en leur âme et conscience sont opposés aux lois libérales de l'Occident concernant la sexualité, le mariage et la famille, sont, bien entendu, libres de les ignorer. Ils peuvent avoir une vie privée empreinte de chasteté, conformément à la charia et ne pas faire reconnaître leur mariage religieux par l'État. Leur choix sera protégé par les droits à la vie privée et à la liberté sexuelle – qui sont des droits constitutionnels – aussi longtemps que les deux époux seront vraiment d'accord sur cette ligne de conduite. Mais ce choix prive complètement leur famille des protections, des droits et des avantages qu'offrent les lois et les réglementations complexes de l'État en ce qui concerne le mariage et la famille, les biens matrimoniaux et l'héritage, la protection sociale, etc. Par ailleurs, si des enfants mineurs sont

impliqués, l'État interviendra pour assurer leur protection, leur prise en charge et leur éducation. Il ne voudra pas entendre parler des objections invoquées par les parents ou les dirigeants de la communauté en vertu du libre exercice de la religion. Les musulmans vivant en Occident jouissent de la même liberté religieuse que n'importe qui d'autre, mais certains des aménagements du droit sur lesquels des avocats musulmans insistent aujourd'hui, au nom de la liberté religieuse, sont tout simplement inacceptables pour la plupart des démocraties occidentales.

L'idée même d'accorder à un groupe religieux l'autorité suprême sur la vie sexuelle, conjugale et familiale de fidèles, fussent-ils consentants, est encore plus inadmissible. Permettre à des responsables religieux de célébrer des mariages, de témoigner dans des affaires de divorce, d'apporter leur aide dans une procédure d'adoption, ou de secourir un membre d'une famille en difficulté, est une chose. La plupart des démocraties occidentales accordent volontiers de tels aménagements aux musulmans et à d'autres communautés pacifiques. Certaines d'entre elles confirment également les sentences arbitrales et les solutions trouvées par les médiations religieuses dans les affaires domestiques des individus. Mais on est loin de demander à l'État de déléguer à un groupe religieux les pleins pouvoirs juridiques afin qu'il régisse, conformément à ses propres lois religieuses, les affaires internes de ceux parmi les fidèles qui le veulent. Aucun État démocratique n'est prêt à accepter qu'un pouvoir parallèle régisse un domaine aussi fondamental de la vie de ses citoyens – d'autant plus que le droit familial est très étroitement lié à d'autres droits étatiques (le droit public, le droit privé, le droit pénal et procédural) et surtout qu'un bon nombre d'autres droits et devoirs qui incombent à un citoyen dépendent de son statut matrimonial et familial. Abstraction faite des énormes obstacles constitutionnels qui empêchent une telle délégation de ce qui constitue la base du pouvoir de l'État à une institution religieuse, il est certain que le statut, les droits et les prérogatives d'un citoyen appartenant à une démocratie ne peuvent dépendre des jugements d'une autorité religieuse qui n'applique aucune des procédures et ne respecte aucune des contraintes procédurales d'un tribunal d'État. En outre, le fait que les musulmans partisans de la charia prétendent fièrement que celle-ci offre un cadre juridique, complet et qui a fait ses preuves, pour régir tous les aspects de la vie sexuelle, conjugale et familiale des fidèles musulmans, est pour certains une raison encore plus sérieuse de ne pas vouloir l'accepter. Selon les sceptiques, si un État met le pied sur cette pente glissante, il aura du mal à empêcher le droit concurrent sur la sexualité, le mariage et la vie de famille de gagner du terrain, surtout si les communautés musulmanes continuent de grandir et de prendre de l'importance politique. C'est pourquoi certains États occidentaux s'opposent même à l'arbitrage et à la médiation religieuse des différends conjugaux par des tribunaux musulmans.

L'argument que les défenseurs de l'application de la charia ont tiré de la logique contractualiste libérale est judicieux mais incomplet. Ils raisonnent ainsi : puisque

les contrats conjugaux sont antérieurs à la politique et aux contrats qui ont formé la société, l'État ou les associations religieuses, les parties (les couples) qui contractent mariage devraient être libres de choisir qui va leur dicter les lois qui les régissent. Mais ils ne prennent pas en compte un autre enseignement élémentaire du libéralisme classique, à savoir que seul l'État – et aucune autre entité sociale ou privée – peut détenir la force coercitive du glaive. Il arrive que le contrat du gouvernement transmette ce pouvoir à des individus, mais c'est seulement en échange de garanties strictes : la régularité des procédures, une égale protection par la loi, ainsi que le respect des droits fondamentaux. Un dispositif complet de droit du mariage et de la famille – sans parler des systèmes juridiques corrélatifs concernant les successions, les fidéicommis, la propriété familiale, les droits des enfants, l'enseignement, l'aide sociale, etc. – ne peut pas fonctionner longtemps sans un pouvoir coercitif. Il a besoin de la police, de procureurs et de prisons, d'assignations à comparaître, d'amendes, d'injonctions et de sanctions matérielles ainsi que physiques et corporelles. Certes, la persuasion morale et l'exemple, l'approbation et la censure de la communauté peuvent jouer un rôle. Mais, pour que le système juridique de droit du mariage et de la famille fonctionne correctement, tous ces instruments coercitifs gouvernementaux seront nécessaires. Or, dans une démocratie moderne, seul l'État peut les utiliser de manière adéquate – pas une organisation religieuse.

Il est plus difficile de contrer l'argument des partisans de la charia sur l'égalité religieuse et la non-discrimination. On pourrait se servir, comme point de départ, de la boutade lancée par le juge de la Cour suprême des États-Unis, Oliver Wendell Holmes, Jr. : « La vie du droit n'est pas logique ; elle est expérience[5] ». Cet adage a un rapport avec notre sujet. En Occident, les arrangements actuels avec les systèmes juridiques religieux des chrétiens, des juifs, des indigènes, etc., ne sont pas nés du jour au lendemain. Ils ne sont apparus qu'après des décennies, voire des siècles d'histoire parfois difficile et cruelle, à force d'adaptations et d'ajustements graduels de part et d'autre.

L'adaptation mutuelle du droit judaïque et du droit laïque occidental est à cet égard particulièrement instructive[6]. Il est essentiel de se souvenir d'abord, même

5 *The Common Law*, Little Brown éd., Boston, 1881, 1-2, traduction de Thierry Kirat CNRS – IRIS/CREDEP, Université de Paris-Dauphine, dans son texte *Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique*. hal. archives-ouvertes.fr/docs/00/03/55/19/.../kirat_Posner_pragmatisme.pdf.

6 Les adaptations des Premières nations du Canada, d'Australie ou des États-Unis ne peuvent servir de jurisprudence qu'à des membres de ces Premières nations. En effet, ces arrangements sont issus d'anciens traités et ont été rédigés en grande partie afin de compenser les atrocités et les énormes bouleversements dont les populations natives ou aborigènes ont été victimes pendant l'époque coloniale. Les tribunaux de ces trois pays ont stipulé clairement que ces adaptations et avantages sont *sui generis* (spécifiques

si cela peut surprendre, que les Juifs n'ont pas cessé, pendant près de deux mille ans, d'être les parias de l'Occident. Ils ont été relégués, dans le meilleur des cas, au rang de citoyens de seconde classe et exposés périodiquement à des vagues de brutalité – qu'il s'agisse des épurations germaniques, des pogroms au Moyen Âge, des massacres au début de l'époque moderne, ou de l'Holocauste au XX[e] siècle. Depuis la destruction de Jérusalem, en 70 de notre ère, les Juifs sont perpétuellement en diaspora et ils vivent au sein de cultures juridiques très variées en Occident et ailleurs dans le monde. L'une des techniques juridiques majeures de survie qu'ils ont mise au point après le III[e] siècle est le concept de *Dina Dé-malkhuta dina* (« La loi du Royaume est la loi »). Cette expression voulait dire qu'ils acceptaient comme leur la loi du pays souverain – laïque, légitime et pacifique – qui les accueillait, tant que celle-ci ne contredisait pas les lois judaïques fondamentales. Ce procédé a permis aux communautés juives de déterminer, parmi leurs lois religieuses, celles qui étaient incontournables et celles qui laissaient une certaine latitude, et parmi les lois et les pratiques laïques, celles que l'on pouvait accepter et celles contre lesquelles il fallait lutter, même au péril de sa vie. Tout cela a non seulement permis aux Juifs de survivre et de prospérer en toute légalité – même en période de grandes persécutions –, mais aussi d'apporter au droit judaïque, au fil du temps et en traversant les différentes cultures, d'importants changements et une diversité remarquable.

A leur tour, les démocraties occidentales en sont venues à tenir compte progressivement des pratiques et des droits fondamentaux des Juifs – particulièrement au lendemain de l'Holocauste, et pour compenser en partie les horreurs qui leur avaient été infligées. Mais c'est seulement au cours des deux dernières générations, et après des litiges sans fin et des pressions continuelles devant les juridictions et les assemblées législatives des États, que les Juifs d'Occident ont fini par gagner du terrain au niveau juridique, même si ce terrain est encore assez fragile et qu'il s'effrite parfois sur les bords. Aujourd'hui, les Juifs d'Occident peuvent en général bénéficier librement d'arrangements pour célébrer le Shabbat, ils sont libres d'acheter de la nourriture *casher*, de porter la kippa, de s'habiller de manière typique ou d'arborer d'autres signes extérieurs d'appartenance religieuse dans la plupart des lieux publics. Ils sont libres d'acquérir des terrains, des permis d'occupation du sol et des permis de construire pour leurs synagogues, leurs associations caritatives et leurs écoles de la Thora – dans lesquelles ils peuvent aussi proposer un enseignement non mixte et bilingue, etc. Les tribunaux judaïques ont obtenu le droit de juger certaines affaires domestiques et financières de leurs fidèles qui choisissent volontairement de régler leur conflit devant eux plutôt que devant un tribunal laïque. Ces tribunaux judaïques attirent ceux qu'oppose un litige parce qu'ils sont composés de juristes hautement qualifiés, versés en droit judaïque comme en droit laïque, et sensibles aux questions

à une catégorie) et ne doivent pas être imités par et pour d'autres.

biculturelles en jeu. À la différence de leurs prédécesseurs du Moyen Âge et des débuts de l'époque moderne, les tribunaux judaïques actuels ne prétendent pas juger toutes les questions relatives à la vie sexuelle, conjugale et familiale des Juifs ; ils en laissent une bonne part à l'État. Ils ont également renoncé à leur autorité traditionnelle qui imposait autrefois la coercition ou des sanctions physiques aux parties en litige ; par exemple, quand il s'agit simplement d'empêcher une des parties de quitter le tribunal ou même d'abandonner la communauté juive, ils recourent à la seule persuasion.

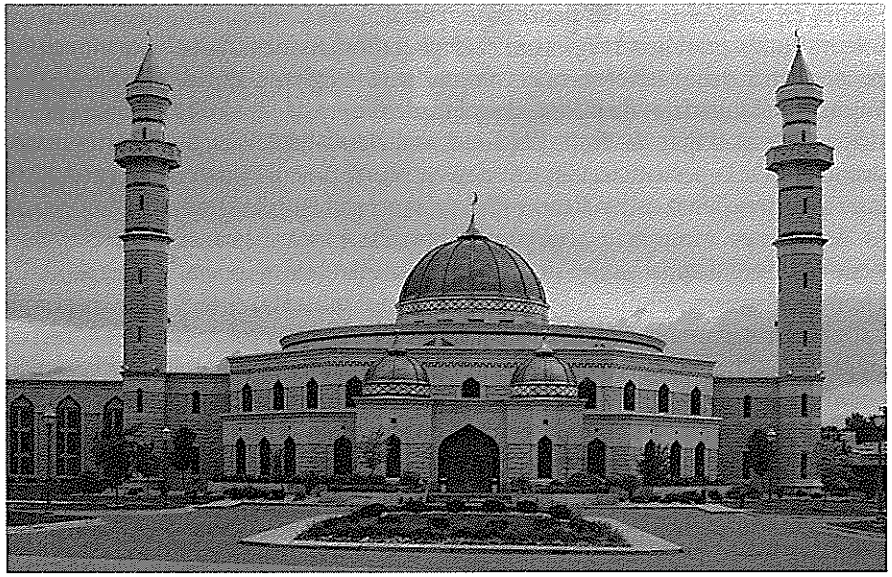
Pour les défenseurs de l'application de la charia, il y a quatre enseignements à tirer aujourd'hui de cette histoire. Premièrement, il faut du temps et de la patience avant qu'un système juridique laïque s'adapte aux réalités et aux besoins de nouveaux groupes religieux et qu'il fasse les ajustements juridiques nécessaires. Les aménagements dont bénéficient le droit et la culture des Juifs aujourd'hui, – et que ces derniers ont obtenus de haute lutte – ne sont pas des produits de consommation transférables que les musulmans ou les autres groupes peuvent réclamer en invoquant simplement le principe d'égalité. Ce sont des ajustements individualisés et équitables par rapport aux lois générales ; chaque communauté doit les obtenir en fonction de ses besoins propres et de ce qu'elle a vécu. Les musulmans n'ont simplement pas subi la même persécution que les Juifs en Occident, et ils n'ont pas encore acquis une assez longue expérience en matière de litige et de groupes de pression. Les concessions et les adaptations viendront, mais seulement avec du temps, de la ténacité et de la patience.

Deuxièmement, la communauté religieuse doit faire preuve de flexibilité et accepter le changement si elle veut obtenir des adaptations de la part des sociétés et des droits laïques. Toutes les croyances religieuses ne peuvent être qualifiées de fondamentales ; toutes les pratiques ne méritent pas qu'on meure pour elles. Au fil du temps, et par nécessité, la diaspora juive a appris à faire la distinction entre ce qui, pour l'identité juridique et culturelle des Juifs, est fondamental et ce qui est plus optionnel, ce qui est essentiel et ce qui laisse une certaine marge de liberté. Au fil du temps et avec réticence, les démocraties occidentales ont appris, de leur côté, à prendre en compte les croyances et les pratiques essentielles des communautés juives. La diaspora musulmane de l'Occident doit faire de même. Les lois et les sociétés islamiques ont énormément évolué au cours des époques et au contact des autres cultures, et l'islam offre à l'heure actuelle une variété considérable de pratiques juridiques, religieuses et culturelles. Cette diversité doit inciter et encourager la diaspora musulmane à faire les adaptations nécessaires à la vie occidentale et à définir ce qui, dans leur vie religieuse, est essentiel ou plus sujet à un aménagement possible. C'est l'adaptation culturelle, et non l'assimilation, qui lui permettra de bénéficier à son tour d'aménagements de la part de l'État.

Troisièmement, les communautés religieuses doivent aussi s'adapter aux valeurs essentielles des nations laïques qui les accueillent, ou au moins les tolérer,

si elles espèrent obtenir des concessions par rapport à leurs tribunaux religieux et à leurs autres pratiques religieuses. Aucune nation occidentale ne pourra intégrer ni peut-être même tolérer, une communauté religieuse qui n'accepte pas ses valeurs fondamentales de liberté, d'égalité, de fraternité, de droits de l'homme, de démocratie et d'État de droit. Ceux qui souhaitent bénéficier des libertés et des avantages de la société occidentale doivent aussi prendre en compte ses valeurs constitutionnelles et culturelles. Jusqu'à présent, seul un petit groupe d'intellectuels et de juristes musulmans courageux, pour la plupart formés dans des pays occidentaux, ont appelé à choisir pleinement la voie de la démocratie et les droits de l'homme dans des conditions et dans des termes musulmans. Ces arguments sont extrêmement prometteurs. Mais ils peinent pour l'instant à se faire entendre au milieu du concert de condamnations que plusieurs autres musulmans, traditionnels ceux-là, lancent contre eux en Occident et ailleurs. En outre, même les musulmans libéraux ont du mal à trouver des exemples actuels de système juridique fondé sur la charia qui ait conservé les principales valeurs de la démocratie et des droits de l'homme. Jusqu'à ce qu'on puisse prouver de manière fiable que cela est possible, une profonde suspicion restera de rigueur. Les musulmans vivant en Occident ont là une occasion idéale de démontrer que la charia et la démocratie peuvent coexister et se compléter.

Enfin, les tribunaux musulmans doivent perfectionner leur jurisprudence et devenir plus équitables dans leur application des procédures, à la fois pour attirer les musulmans qui veulent régler leurs litiges et pour se rendre acceptables aux yeux des tribunaux d'État laïques. Comme le *beth din* juif qui siège à New York ou à Londres, le tribunal de droit islamique doit se composer de juristes convenablement formés en droit religieux et en droit laïque et qui appliquent des normes fondamentales de procédure régulière et de représentation judiciaire analogues à celles des cours et tribunaux laïques. Un tribunal d'État occidental n'acceptera pas plus la compétence d'un imam qui est tout seul pour rendre un jugement, au terme d'une procédure informelle dans la mosquée du quartier, qu'il ne reconnaît celle d'un prêtre ou d'un rabbin rendant seuls des jugements dans une église ou une synagogue. Et il supportera mal qu'on l'accuse, pour cela, de violer prétendument la liberté religieuse de la mosquée, de l'imam ou de ses membres. Au contraire, il aura tendance à soupçonner soit que les parties ayant comparu devant l'imam n'ont pas eu connaissance de toutes les options juridiques proposées dans le cadre du droit de l'État, soit qu'elles ont été forcées à passer par les procédures religieuses internes. Il est beaucoup plus difficile pour un tribunal d'émettre de tels soupçons quand les parties sont informées et qu'elles choisissent en toute connaissance de cause un tribunal d'arbitrage musulman juridiquement bien structuré plutôt qu'un tribunal laïque qui ne partage pas leurs valeurs fondamentales mais leur offre quand même l'alternative – sérieusement étayée au niveau jurisprudentiel – du droit étatique relatif au mariage.



Le « Centre islamique de l'Amérique » situé à Warrendale, un village dans la banlieue de Détroit, est la plus grande mosquée des États-Unis.

Photo : Dane Hillard / Wikimedia Commons

De crainte que ce qui précède ne ressemble à un argument un peu trop paternaliste, demandant aux minorités religieuses de rester dans l'expectative et d'espérer un avenir meilleur, il convient de se souvenir que les chrétiens, qui sont aujourd'hui en majorité, ont eux aussi connu par le passé les mêmes difficultés en ce qui concerne la religion et l'enseignement. L'histoire des États-Unis montre bien leur évolution et comment les normes traditionnelles en matière d'enseignement ont finalement été relevées et maintenues. À la fin du XIX[e] siècle, un certain nombre d'États américains ont voulu avoir le monopole de l'enseignement dans les écoles publiques, alors gérées par l'État. Ces mouvements de protestation témoignaient pour les uns d'une forme d'anticatholicisme et pour les autres d'une certaine hostilité antireligieuse au sens large. Pendant un demi-siècle, les Églises, les écoles confessionnelles et les parents croyants ont lutté avec ferveur pour protéger leur droit à éduquer leurs enfants dans leurs propres établissements religieux privés. Dans la célèbre affaire *Pierce c. Society of Sisters* (1925)[7], la Cour suprême des États-Unis a enfin rendu un verdict en faveur des Églises et ordonné aux États américains de maintenir les deux options – l'enseignement

7 268 US 510, 1925.

public et l'enseignement privé – en parallèle pour leurs citoyens. Toutefois, dans de nombreuses affaires jugées par la suite, les tribunaux ont aussi précisé que les États pouvaient instaurer un certain nombre d'exigences éducatives minimales pour toutes les écoles – pour les matières enseignées, les textes et les contrôles obligatoires, la formation de base des enseignants, le niveau des élèves, les équipements, les normes communes requises pour les infrastructures, les laboratoires, les bibliothèques, les gymnases, etc. Les écoles religieuses avaient le droit de dépasser ces exigences minimales, mais pas de s'y soustraire. Celles qui cherchaient à en être exemptées ont trouvé peu de soutien auprès des tribunaux, qui leur ont plutôt donné l'ordre de respecter les normes instaurées sous peine de perdre leur accréditation et leur droit d'enseigner.

Le compromis entre religion et enseignement élaboré pendant plus d'un demi-siècle d'ardentes négociations a eu, depuis, une certaine incidence sur les questions relatives au mariage et à la religion. Le mariage, comme l'enseignement, n'est pas le monopole de l'État, même si le droit du mariage doit être l'une de ses prérogatives. Les croyants d'Occident ont depuis longtemps le droit de se marier dans un lieu saint et conformément à la liturgie adoptée par leur communauté pour les mariages. Les membres du clergé ont depuis longtemps aussi le droit de jouer un rôle dans le mariage de ceux parmi leurs membres qui le choisissent ainsi que dans les annulations de mariage, les divorces et les procédures concernant la garde des enfants. Mais cela fait également très longtemps que l'État a défini les exigences minimales concernant ce que doit être le mariage et qui doit officier. Les autorités religieuses peuvent ajouter des conditions à celles prévues par l'État, mais elles ne peuvent pas se soustraire à celles-ci. Un ministre du culte peut insister sur la nécessité d'une préparation au mariage, même si l'État peut marier un couple sans cette formalité. Par contre, si un ministre du culte use d'intimidation pour contraindre un mineur à se marier pour des raisons religieuses, l'État a le pouvoir de l'envoyer en prison. Un rabbin peut encourager un couple qui bat de l'aile à se repentir et à se réconcilier, mais il ne peut les empêcher de demander le divorce. Un imam peut prôner les charmes de la polygamie, mais, s'il préside, en connaissance de cause, une union polygame, il se fait complice d'un délit.

Si un jour les tribunaux religieux interviennent davantage dans le droit de la famille et du mariage, les États pourraient bien s'appuyer sur ces précédents et instaurer des conditions minimales requises sous la forme d'une licence ou d'un permis – qui énoncerait les règles de cette licence, définies par un processus démocratique dans lequel seraient impliquées toutes les parties, issues de toutes les convictions (croyants et non-croyants). Parmi ces règles, on peut envisager que les plus importantes seraient : l'interdiction de marier des enfants, l'interdiction de la polygamie et d'autres formes d'union conjugale non reconnues par l'État ; l'interdiction des mariages forcés ou des conversions forcées avant mariage – parce qu'elles violent des libertés élémentaires comme la liberté contractuelle et la liberté

de conscience ; aucune menace, aucune atteinte au droit à la vie et à l'intégrité physique ni aucune provocation mettant celles-ci en danger ; pas de discrimination flagrante envers les femmes et les enfants ; pas de violation des règles fondamentales de l'équité procédurale, etc. Les tribunaux religieux pourraient ajouter d'autres exigences, mais sans possibilité de se soustraire à celles qui figurent dans cette liste. Ceux qui ne seraient pas en conformité perdraient leur licence et trouveraient peu de soutien quand ils feraient valoir leurs objections de liberté religieuse.

Ce type d'arrangement a bien fonctionné pour résoudre certaines des questions les plus complexes portant sur la religion et l'enseignement auxquelles le pays a été confronté. De nombreuses écoles religieuses ont ainsi été amenées à évoluer lentement, passant de la position d'isolationnistes sectaires au rôle de chefs de file sur le plan culturel. Les musulmans d'Occident ont déjà commencé à suivre ce chemin en créant des écoles primaires et secondaires, qui attirent parfois des non-musulmans en raison de la discipline qui y règne et du niveau académique élevé. Cette tendance devrait se poursuivre et se traduire, au final, par la création d'universités et d'établissements d'enseignement supérieur du niveau des plus grandes universités mondiales.

Un tel arrangement offre des perspectives comparables en ce qui concerne les questions de mariage et de religion dans les communautés de la diaspora musulmane. Non seulement il peut empêcher que l'on ne glisse vers la polygamie autorisée, les procédures barbares et la violence extrême que craignaient les critiques de l'archevêque Rowan Williams, mais il peut également encourager les tribunaux religieux actuels à se réformer et à revoir leurs lois concernant le mariage. Dans les pays démocratiques, même les communautés locales endurcies et pleines de préjugés finiront par laisser de la place à de nouvelles minorités musulmanes douées pour la « navigation culturelle » et plaidant avec cohérence et persévérance pour ce qui leur tient le plus à cœur : leur droit à s'adapter. Tout en s'ajustant aux réalités juridiques et culturelles de leurs nouveaux pays, ces minorités musulmanes pourraient bien, au final, devenir pour les futures générations des figures de proue dans les domaines de la culture et de la justice en Occident.

---

a NDLT : citation extraite de La Cité de Dieu - livre 15/22 de Saint Augustin d'Hippone, chapitre XVI http://jesusmarie.free.fr/augustin_cite_de_dieu_livre_15.html.

b NDLT : Saint Jean Chrysostome « Sur le mariage, Homélie XX sur l'épître aux Éphésiens ».

c NDLT : où la notion d'« alliance » ou d'« engagement » indissoluble domine largement. « *Covenant* » est en effet un terme théologique décrivant l'Alliance biblique entre Dieu et Israël, et un terme de philosophie politique — une sorte de contrat social, qui encadre un mariage en rendant le divorce plus difficile. Il n'existe que dans quelques États aux États-Unis et n'est choisi que par 1 à 3 % des couples sur le point de se marier. Sources : Wikipedia et Baptiste Coulmont « Les Églises américaines et les

Imprimé en France. - JOUVE, 1, rue du Docteur Sauvé, 53100 MAYENNE
N° 788525A. - Dépôt légal : novembre 2011